Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Thibaut, Anton Friedrich Justus,

System des Pandekten-Rechts

Bd.: 1

Jena 1828

J.rom.c. 310 t-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565985-0

System

des

Pandekten-Rechts

von

Anton Friedrich Justus Thibaut,

Großherzoglich Badischem Geheimenrath, und ordentlichem Professor des Rechts in Heidelberg, Correspondenten der Kaiserlichen Gesetz-Commission in Petersburg.

Siebente verbesserte Ausgabe.

Erster Band.

Jena, 1828.

Druck und Verlag von Friedrich Mauke.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorrede

zu der siebenten Ausgabe.

Die erste Ausgabe dieses Lehrbuchs erschien im Jahr 1803 in zwey Bänden, und enthielt im ersten Bande auch den Procefs als Theil des Regierungsrechtes. In den folgenden fünf Ausgaben von 1805, 1808, 1813, 1817, 1822 entwickelte ich die Lehre vom Procefs, als ein Gemisch aus Privat- und Regierungsrecht, abgesondert in einem dritten Bande. Dieser ganze dritte Band ist nun aber in der jetzigen Ausgabe weggelassen, — und zwar aus guten Gründen. Denn seitdem ich in Heidelberg bin, haben mir immer bedeutende Procefslehrer zur Seite g standen,

neben denen Vorlesungen über den Procefs von meiner Seite eine unüberlegte Anmafsung gewesen seyn würden. So wird es auch wohl ferner bleiben. Warum soll ich also meine Zuhörer zwingen, einen ganzen Band zu kaufen, über den sie doch weder bey mir, noch bey Andern Vorlesungen hören? Auch bin ich überzeugt, dafs die Fortbildung eines Lehrbuchs nie ganz gelingen wird, wenn man sich nicht durch Vorlesungen gleichsam gezwungen sieht, täglich darüber nachzudenken. Ich habe indefs in die jetzige Ausgabe aus dem Procefs Alles herübergezogen, was mir für meine Pandekten-Vorlesungen wichtig schien, wie die Lehre vom Concurse der Gläubiger.

Uebrigens habe ich auf die Vermehrung und Berichtigung dieser Ausgabe allen, mir möglichen Fleifs angewandt. Die Ordnung und die Zahl der Paragraphen ist aber wieder ungeändert geblieben, die letzten Paragraphen über den Concurs der Gläubiger und die Verjährung abgerechnet.

Denn ich halte nun einmal die, früher von mir gewählte Ordnung für passend; auch würde ich vielen Andern, welche in ihren Schriften auf mein Lehrbuch verwiesen haben, durch stetes Aendern der Ordnung einen schlechten Dienst erweisen. Daſs ich dagegen auf das Materielle die gröſste Sorgfalt verwandt habe, wird Jeder finden, welcher sich die Mühe nimt, die sechste Ausgabe mit der jetzigen zu vergleichen.

Heidelberg im May 1827.

A. T.

Allgemeine Uebersicht.

Allgemeiner Theil.	1. Band.
Besonderer Theil.	
I) Regierungsrecht. Davon nur	
1) Cameral- und Finanzrecht.	
2) Polizey-Recht.	
A) Väterliche Gewalt.	
B) Vormundschaft.	
II) Privat-Recht.	2. Band.
1) Dingliche Rechte.	
2) Persönliche Rechte.	

Inhaltsanzeige
des ersten Bandes.

Allgemeiner Theil.
Ueber die Gesetze und deren Wirkungen überhaupt.

Erster Theil.
Ueber die Gesetze und Rechtswissenschaft an sich.

Erster Abschnitt.

Ueber die Natur der Gesetze überhaupt. §. 1—7.

Hier: über Gesetze und deren Arten, Rechte, Verbindlichkeiten, sowohl rechtliche, als moralische, und Gerechtigkeit.

Zweyter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Ursprungs. §. 8—23

I) Natürliches Recht und dessen Gültigkeit im Staat. §. 8. 9.

II) Positives Recht.

Dessen Arten.

A) Geschriebenes. Dessen Natur. §. 10. Arten:

a) Göttliches. §. 11.

b) Menschliches; und zwar

A) recipirtes. §. 12. 13.

B) einheimisches. §. 14.

B) Ungeschriebenes. §. 15. Arten:

a) Gerichtsgebrauch. §. 16.

b) Gewohnheitsrecht. §. 17—20.

c) andre Arten. §. 21. insbesondere

d) Statute der Gemeinheiten. §. 22. 23.

Dritter Abschnitt.

Verbindungskraft der Gesetze, besonders im Fall eines Irrthums über Recht oder Thatumstände. §. 24—28.

Vierter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Umfangs. §. 29—32.

Fünfter Abschnitt.

Ueber die Gesetse in Ansehung der Art der Bekanntmachung. §. 33. 34.

Sechster Abschnitt.

Ueber das Verhältniſs der Gesetze zu einander, besonders im Fall einer Collision. §. 35. 36.

Siebenter Abschnitt.

Ueber Dauer und Aufhebung der Gesetze. §. 37—40.

Zweyter Theil.

Ueber den Zweck der Gesetze. Zur Erreichung desselben gehört:

I) Auslegung der Gesetze. §. 41—52.

II) Auslegung rechtlicher Geschäfte. §. 53. 54.

Dritter Theil.

Ueber das Product der Gesetze.

Erster Abschnitt.

Ueber Rechte und Verbindlichkeiten an sich betrachtet.

Erste Abtheilung.

Ueber Rechte. Aus deren Natur folgt:

1) Freyheit zu handeln. §. 55. 56.

2) Möglichkeit des Zwanges. §. 57.

A) Durch Klagen. Deren wichtigste Arten. §. 58—70.

B) Durch Einreden. §. 71. 72.

C) Repliken, Dupliken. §. 73.

3) Recht der Nichtausübung und Entsagung. Hier besonders von Cessionen. §. 74—81.

Zweyte Abtheilung.

Ueber Verbindlichkeiten.

I) Natur der Verbindlichkeit überhaupt,

1) Ausschliefsen des Entsagens und der Willkühr, mit Ausnahme der alternativen Verbindlichkeiten. §. 82—85.

2) Erfodert Möglichkeit der Handlung. §. 86.

3) Pflicht der Zahlung. Dazu gehört:

A) dafs sie dem Gläubiger geschehe. §. 87. 88. 89.

B) Zahlungsfähigkeit. §. 90.

C) Absicht zu zahlen. §. 91.

D) Leistung des bestimmten Objects. §. 92. 93.

E) Nicht theilweise. §. 94.

F) Am gehörigen Ort. Condictio de eo quod certo loco. §. 95. 96.

G) Leistung der gehörigen Qualität, besonders bey Münzen. §. 97—101.

H) Leistung zur gehörigen Zeit. Ueber Verzug. §. 102—105.

I) Vollständige Leistung. Beneficium competentiae. §. 106—108.

K) Ueber Zahlung im Fall mehrerer Schulden, Beweis der Zahlung, und Deposition der Schuld. §. 109—111.

II) Bestärkungsmittel der Verbindlichkeit

1) durch den Eid. §. 112—114.

2) durch Conventional-Strafen. §. 115.

Dritte Abtheilung.

Verhältnifs der Rechte und Verbindlichkeiten zu einander. Confusion, Concurrenz, Collision derselben. §. 116—118.

Vierte Abtheilung.

Nebenbestimmungen der Rechte und Verbindlichkeiten.

I) Bedingungen. §. 119—126.

II) Zeitbestimmung. Hiebey von der Zeitrechnung. §. 127—129.

III) modus. §. 130.

Zweyter Abschnitt.

Ueber den Grund der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erste Abtheilung.

Ueber Entstehung derselben.

Erstes Capitel.

Einleitung. Besonders über Willenshandlungen überhaupt. Hier: über mittelbare, und unmittelbare Verbindlichkeiten; rechtliche Geschäfte, feierliche und unfeierliche; wahren, ausdrücklichen oder stillschweigenden, vermutheten und fingirten Willen. §. 131—140.

Zweytes Capitel.

Ueber Verträge insbesondere; und zwar die Fragen:

I) Wer kann sie schliefsen? §. 141. 142.

II) Was gehört zur Einwilligung?

1) Vollendete Uebereinkunft. Ueber die Arrha. §. 143. 144.

2) Kein Irrthum. §. 145—147.

3) Kein Betrug. §. 148. 149.

4) Kein Zwang. §. 150—152.

5) Keine Simulation. §. 153.

III) Ueber welche Sachen? §. 154—159.

IV) Welches sind die Wirkungen der Verträge?

1) Nur Verhältnisse unter den Contrahenten. §. 160.

2) Befreyung, oder Verpflichtung, jedoch verschieden in den Wirkungen bey den Römern, je nachdem der Vertrag ein pactum oder contractus ist. §. 161—168.

3) Einseitige oder zweyseitige Verpflichtung. §. 169. 170.

4) Verpflichtung zur Annahme. §. 171. und

5) zur Uebernahme des Zufalls, aber dagegen auch zur Abtretung der Vortheile. §. 172—177.

6) zur Evictions-Leistung. §. 178—189.

7) zur Gewähr der Mängel und Eigenschaften. §. 190—196.

8) Pflicht, nicht über die Hälfte zu verletzen. §. 197—200.

9) Dauer und Uebergang auf die Erben. §. 201.

Zweyte Abtheilung.

Ueber das Aufhören, Erhalten, und Wiederherstellen derselben. §. 202—206.

Dritter Abschnitt.

Ueber das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten. Hier die Fragen:

I) Ueber Rechtsfähigkeit, und zwar
1) die natürliche. §. 207–212.
2) die bürgerliche. §. 213.

II) Inwiefern kann Eine Person Subject mehrerer Rechte? §. 214. oder

III) inwiefern können Mehrere Subject Eines Rechts, oder Einer Verbindlichkeit seyn? Hier:
1) über communio. §. 215–217.
2) Gemeinderechte. §. 218–223.
3) Correal - Verhältnisse. §. 224–227.

IV) Ueber juristisch wichtige Verschiedenheiten der Personen.
1) In Betreff des Geschlechts. §. 228–230.
2) Des Alters. §. 231.
3) Der Gesundheit. §. 232.
4) Der Verwandtschaft. §. 233–239.
5) Des Charakters. Hier: über Infamie und levis notae macula. §. 240–246.

Vierter Abschnitt.

Ueber das Object der Rechte und Verbindlichkeiten, nämlich Handlungen.

Erste Abtheilung.

Wichtigste Arten der Handlungen. Hier: Eintheilung in mögliche, unmögliche, erlaubte, unerlaubte, zufällige, culpose, dolose Handlungen. §. 247–255.

Zweyte Abtheilung.

Ueber das Object der Handlungen, nämlich Sachen.

I) Ueberhaupt solche, welche im Verkehr sind. §. 256. 257.

II) Arten.
1) Körperliche, unkörperliche. §. 258.
2) Bewegliche, unbewegliche. §. 259. 260.
3) Fungibiles, non fungibiles. §. 261.

4) Einfache, zusammengesetzte. §. 262.
5) Theilbare, untheilbare. §. 263.
6) Selbstständige, und Nebensachen. Zu den letzten gehören:
A) Pertinenzen. §. 264. 265.
B) Verwendungen. §. 266.
C) Früchte. §. 267—270.
D) Schadensersatz und Interesse. Regeln über beide. §. 271—276.
E) Zinsen. §. 277—288.
F) Interusurium. §. 289.

Fünfter Abschnitt.

Ueber den Besitz der Rechte. §. 290—325.

Besonderer Theil.

Ueber die einzelnen Arten der Gesetze.

A) Regierungsrecht.

Einleitung. §. 326—330.

Erster Theil.

Cameral- und Finanzrecht, in einer allgemeinen Uebersicht des gemeinen Rechts. §. 331—340.

Zweyter Theil.

Polizey-Recht. Einleitung. §. 341. 342.

Erster Abschnitt.

Ueber die väterliche Gewalt. Einleitung. §. 343.

Erste Abtheilung.

Natur der väterlichen Gewalt und Folgen derselben.

Einleitung, Eintheilung der Rechte und Arten der Kinder. §. 344—346.

I) Verhältniſs des Vaters zu den Kindern. Hier besonders über die Peculien. §. 347—367.

II) Verhältniſs beider zu einem Dritten. Hier besonders über die act. de peculio, tributoria, quod iussu, de in rem verso, und das SCt. Macedon. §. 368—378.

Zweyte Abtheilung.

Ueber die Erwerbung der väterlichen Gewalt.

Erstes Capitel.

Ueber die Ehe. Begriff. §. 380. 381.

Erste Unterabtheilung.

Ueber die Eingehung der Ehe. §. 382—421.

Zweyte Unterabtheilung.

Ueber die Aufhebung und Wiederherstellung der Ehe. §. 422—428.

Dritte Unterabtheilung.

Ueber die rechtlichen Wirkungen der Ehe.

I) Gesetzliche Folgen der Ehe.

1) In Betreff der Ehegatten unter sich.

A) Während der unbestritten bestehenden Ehe.

a) Gemeinschaftliche Wirkungen. §. 430—437.

b) Besondere Rechte des Mannes. §. 438—452.

c) Besondere Rechte der Frau. §. 453—454.

B) Während des Scheidungs-Processes. §. 455.

C) Nach Aufhebung der Ehe,

a) wenn die Ehe für nichtig erklärt wird. §. 456.

b) wenn sie in der Folge aufgehoben wird,

A) durch Tod. §. 457—466.

B) durch Ordens-Gelübde. §. 467.

C) durch Scheidung. §. 468—471.

2) In Betreff der Kinder. §. 472—474.

3) In Betreff dritter Personen. §. 475.

II) Wirkungen unter Voraussetzung besonderer Verabredungen. §. 476—481.

Zweytes Capitel.

Ueber die Legitimation. §. 482—487.

Drittes Capitel.

Ueber die Adoption. §. 488—493.

Dritte Abtheilung.

Ueber die Beendigung der väterlichen Gewalt. §. 494—496.

Vierte Abtheilung.

Ueber Wiederherstellung der väterlichen Gewalt. §. 497.

Zweyter Abschnitt.

Ueber Vormundschaften.

Einleitung.

Begriff. Eintheilungen. Wann ist ein Vormund zu setzen, und wem? §. 498—501.

Erste Abtheilung.

Ueber die Entstehung der Vormundschaft. §. 502—510.

Zweyte Abtheilung.

Ueber die aus der Delation, Uebernehmung, und Führung der Vormundschaft entspringenden Rechtsverhältnisse.

I) Pflichten und Rechte bey Delation der Vormundschaft. §. 511—514.

II) Pflichten bey Uebernahme derselben. §. 515.

III) Rechtsverhältnisse nach Uebernahme der Vormundschaft.

1) Pflichten des administrirenden Vormundes eines Minderjährigen gegen den Mündel.

A) Ohne Concurrenz der Obrigkeit. §. 516—519.

B) Mit deren Concurrenz.

a) Erziehung des Mündels. §. 520.

b) Veräufserung der Güter desselben. §. 521—526.

2) Pflichten des Mündels. §. 527.

3) Verhältnisse zu einem Dritten.

A) Des Vormundes. §. 528.

B) Des Mündels:

a) aus Handlungen des Vormundes. §. 529.

b) aus andern Gründen. §. 530. 531.

4) Folgen der übrigen Arten der Curatel. §. 532.

5) Pflichten des Honorarii. §. 533.

6) Pflichten des Protutors. §. 534.

7) Ueber die Klagen

A) des Mündels

a) gegen den Vormund. §. 535—541.

b) gegen andre Personen. §. 542.

B) des Vormundes. §. 543.

Dritte Abtheilung.

Ueber die Beendigung der Vormundschaft. §. 544—548.

Allgemeiner Theil.

Erster Theil.

Ueber Gesetze und Rechtswissenschaft an sich [a]).

Erster Abschnitt.

Ueber die Natur der Gesetze überhaupt.

§. 1.

1) Gesetz und Rechtswissenschaft im Allgemeinen.

Alles, was eine Nothwendigkeit mit sich führt, heifst Gesetz (*Lex*). Liegt die Nothwendigkeit in der Natur körperlicher Kräfte, so heifst das Gesetz ein physisches, und insofern es Neigungen eines lebenden Wesens erregt, Gesetz des Instincts, oder, wie es die Römer oft nennen: *ius naturale* [b]). Beruht dagegen die Nothwendigkeit in geistigen Kräften, so wird das Gesetz ein intellectuelles, und insbesondere ein moralisches genannt, wenn es auf Vorschriften der praktischen Vernunft, und was die Stelle derselben vertritt, beruht.

a) S. überh. Bolognetus de lege, iure et aequit. Rom. 1570. T. Pappillonii Comm. in IV. prior. Tit. L. 1. Dig. (Meermann Thes. T. 2.) D. B. Columbi D. de iustitia et iure. Lips. 1739. Dissertatt. hebdomales de iustitia et iure. Goetting. 1750. G. C. Gebauer de iustit. et iure. Goett. 1738. Auf Glück Handb. I. S. 332—370., und E. Spangenberg Einleitung in das Justinianeische Rechtsbuch. Hannov. 1817. verweise ich in Rücksicht der vorläufigen Literatur-Notizen, welche man den Pandekten voranzuschicken pflegt; in Betreff der Literatur der Glosse insbesondre auf Savigny Gesch. d. R. R. 2. B. S. 130—135. 238—256. 275—392. 3. B. S. 662. 663. 4. B. S. 348—376.; und in Betreff der Literatur der einzelnen Lehren auf C. G. Haubold doctrinae pandectarum lineamenta. Lips. 1820.

b) pr. I. de iur. nat. gent. et civ. (1. 2.) L. 1. §. 3. de iust. et iure (1. 1.) Galvanus de usufr. cap. 5. Huber Digress. P. 1. L. 1. c. 11. Merill obs. L. 1. c. 1. 2. G. Korte de iure quod natura omnia animalia docuit. Lips. 1727. Baumbach Einl. in das Nat. R. S. 99—101. S. auch unten §. 8.

Ein **systematischer** Inbegriff von Gesetzen der letzten Art heifst **Rechtswissenschaft in allgemeiner Bedeutung** c).

§. 2.

2) Rechte, Zwangs- und Gewissensverbindlichkeiten, Rechtswissenschaft im engern Sinne.

Ohne ein moralisches Gesetz ist der Wille des Menschen ungebunden, durch dasselbe hingegen wird dem Subject eine Nothwendigkeit zu handeln auferlegt, welche insofern **Verbindlichkeit** *(obligatio)* heifst *). Wird die Willkühr des Verpflichteten so sehr beschränkt, dafs sie dem, auf Erfüllung der Verbindlichkeit dringenden physischen Zwange eines andern Subjects nicht widerstehen darf, so heifst sie eine **Zwangsverbindlichkeit** *(obligatio perfecta)*; jede andere hingegen eine **moralische Verbindlichkeit**, eine **Liebes-** oder **Gewissenspflicht** *(obligatio imperfecta)*. Aus einer Zwangsverbindlichkeit entspringt für das Subject, zu dessen Vortheil die Willkühr des andern Subjects beschränkt ist, die moralische Möglichkeit, die Beschränkung der Freyheit der andern Person so weit zu verlangen, als die Verbindlichkeit reicht. Diese moralische Möglichkeit heifst als solche ein **Recht** *(ius)*, oder eine **Befugnifs**, und insofern sie thätlich geschützt werden kann, ein **Zwangsrecht**. Ein System von Gesetzen, welche Zwangsrechte begründen, wird **Rechtswissenschaft in engerer Bedeutung** genannt.

§. 3.

Fortsetzung.

Wer nicht verpflichtet ist, lebt im Zustande der **Willkühr**. Ein **Recht** kann man ihm nur insofern zuschreiben, als er sich etwas **ausschliefs-**

c) Die gewöhnlichen Erörterungen über die mannigfaltigen Bedeutungen von ius und lex gehören nicht hieher, sondern in die Sprachlehre. Vergl. **Meine** Vers. 1. B. n. 5. Ernesti Clav. Cic. index Leg. princ. I. A. **Reichardt** progr. nonnulla de propria vocab. legis significatione. Jen. 1796. **Mühlenbruch** Pand. T. I. §. 1. 29. Rheinisches Museum. 1. B. 1. 2. Hft. S. 19—27. Ueber die fehlerhafte Definition der Rechtswissenschaft in L. 10. §. 2. de iust. et iure (1. 1.), vergl. **Brissonii** antiqu. L. 4. c. 16. **Heineccii** praefat. vor dessen fascic. scriptor. iur. natur. A. F. **Schott** Diss. ad Tit. P. de iust. et iur. Lips. 1775. §. 2. **Bynkershoek** D. de relig. peregrin. D. I. pr. **Meine** Vers. 2. B. S. 6. 7. 8.

*) Ueber den Sinn des Römischen: obligatio s. **Hugo** Civ. Mag. 3. B. 4. St. nr. XX. 5. B. 1. St. nr. III. **Schweppe** Magaz. 1. St. S. 141.

lich anmaſsen, und Andere an gewissen Handlungen hindern darf. Jedes Recht setzt also eine ihm entgegenstehende Verbindlichkeit voraus; aber nicht jede Verbindlichkeit erzeugt ein Recht, sondern allein aus Zwangsverbindlichkeiten entstehen Rechte. Nur insofern kann der Satz: *ius et obligatio sunt correlata*, als Regel angenommen werden.

§. 4.

3) Liebespflichten insbesondere.

Der Staat wird errichtet, um die Bürger durch äuſsern Zwang zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten zu vermögen. Daher lieſse sich denn ableiten, daſs auf Erfüllung einer Liebespflicht im Staat kein Zwang gestattet werden sollte. Allein die Römer dachten nicht so, und erlaubten wenigstens bey den, nach ihrer Ansicht erkennbaren Gewissenspflichten, zwar keine Klage, aber doch die Zurückhaltung dessen, was dem Verpflichteten zu geben moralisch oblag [d]), weil sie es als allgemeines Princip annahmen, daſs keine auf einer moralischen Schändlichkeit beruhende Klage gestattet werden dürfe [e]). Unsere Unbekanntschaft mit der, ohnehin im Einzelnen gewiſs nicht überall unbestritten gewesenen Moral-Philosophie der Römer erlaubt uns indeſs nicht, die strengrechtlichen Grundsätze hier weiter zu verlassen, als die gewissen Entscheidungen des Römischen Rechts dieſs nothwendig machen. Die Regel bleibt: Liebespflichten erzeugen im Staat kein, durch Klagen oder Einreden geltend zu machendes Recht [f]).

§. 5.

4) Gerechtigkeit.

Die, vorhandenen Gesetzen nicht widerstreitende Handlungsweise heiſst Gerechtigkeit. Besteht dieselbe in Erfüllung moralischer Verbindlichkeiten, so heiſst sie innere (*interna, attribu-*

d) L. 26. pr. de cond. indeb. (12. 6.) L. 32. §. 2. eod. L. 25. §. 11. de her. pet. (5. 3.) L. 8. in quib. causs. pign. tacit. (20. 2.).

e) §. 7. I. de mandat. (3. 27.) L. 5. C. de condict. ob turp. causs. (4. 7.) I. S. Stryk de allegatione propriae turpitudinis. Hal. 1700. H. C. Craſs de ICtorum Romanorum principio, quod contra bonos mores fiat idem ratum esse non oportere. Helmst. 1796.

f) Unter diesen Beschränkungen, und aus diesem Gesichtspunct kann man Weber nat. Verb. §. 89. 99. folgen. Meine Vers. 2. B. S. 132–158. I. Pan de grati animi officiis. Lugd. Bat 1809. p. 146—148. Welcker die letzten Gründe von Staat, Recht und Strafe S. 480. fgg. G. Boreel de veterum ICtorum honestatis studio. Lugd. Bat. 1823.

trix); ist hingegen die Handlungsweise Zwangsgesetzen gemäfs, so nennt man sie äufsere Gerechtigkeit *(externa, expletrix)* g). Für die Geschichte der Wissenschaft ist hier noch die scholastische Eintheilung in *iustitia commutativa* (durchgreifende, absolute) und *distributiva* (verhältnifsmäfsige, nach Umständen modificirte Gerechtigkeit) zu bemerken, welche keinesweges, wie Manche irrig glauben, mit andern Worten eben das, was die innere und äufsere ist, bezeichnen soll h).

§. 6.

6) Erlaubende, gebietende, verbietende Gesetze.

Das Gebieten macht den Charakter eines Gesetzes, und ohne eine, ein Gebot voraussetzende, Verbindlichkeit ist kein Recht denkbar (§. 3.). Das Erlaubtseyn ist nur eine indirecte Folge des Gebots. Die Eintheilung der Gesetze in erlaubende und gebietende *(ius permissivum* und *cogens)* ist also falsch i), wenn man nicht unter jenen die, wobey es zunächst um Existenz des Rechts, unter den letzten aber die, wobey es zunächst um Existenz der Verbindlichkeit zu thun ist, verstehen will k). Richtig ist aber die Eintheilung in gebietende und verbietende *(ius praeceptivum* und *prohibitivum)*, je nachdem das Gesetz positive oder negative Handlungen nothwendig macht. Wird in einem Gesetz dem Berechtigten in Rücksicht der Form der erlaubten Handlung eine Regel gesetzt: so nennt man

g) Nach der Terminologie des Grotius de I. B. a. P. L. 1. c. 1. n. 8. Die Definition der Römer in L. 10. pr. de iust. et iur. (1. 1.) bezieht sich nur auf die erste, dem Juristen nicht völlig uninteressante Art. Huber Digress. I. 7. Noodt prob. III. 1. 2. F. C. Conradi de iustitia interna a fine iurisprud. non separanda. Helmstad. 1744. I. S. Wiesand Diss. vindiciae L. 10. pr. de iust. et iur. Lips. 1764. S. auch Welcker über Recht, Staat und Strafe S. 485—489.

h) Voet Tit. de iust. et iur. §. 9. Polack mathes. for. 2. Cap. 1. Abh. Leyser Sp. 1. m. 3. Averan interpr. III. 6. Huber l. c. c. 8. S. Reiher de iustit. commut. et distrib. proport. Kil. 1701. I. G. Waldin progr. inquiritur in distinct. iust. commut. et distribut. Marb. 1783. Baumbach Einl. in das Nat. R. S. 85. 86.

i) Cocceii ius controv. Tit. de iust. et iur. qu. 9. Kant zum ewig. Fried. §. 15—17.

k) Dieser Sinn scheint dunkel den älteren Juristen vorzuschweben. Pufendorf I. N. et G. L. 1. c. 6. §. 15. Titius ad Pufendorf de O. H. et C. Obs. 51. Willkührliche Ideen, um die alten Worte zu retten, haben H. G. Schellhaffer de indole leg. permittentis. Lips. 1729. F. L. Doehring de quadruplici leg. virtute. Erf. 1766.

es *ius secundum quid permissivum*; im entgegengesetzten Fall *absolute permissivum* l).

§. 7.

Natur eines positiven Rechtssystems.

Ein Rechtssystem muſs den Inhalt der Gesetze in einer systematischen Einheit darstellen. Wären die Verfasser des positiven Rechts von einem einfachen Rechtsprincip ausgegangen, und bey dessen Durchführung consequent geblieben, so müſste die Einheit materiell seyn, und jeder einzelne Satz aus der höchsten Rechtsregel abgeleitet werden. Allein bey dem Zustande aller bisherigen Gesetzbücher würde die Darstellung in einer materiellen Einheit zu einer völligen Verbildung und Umschaffung des positiven Rechts führen. Der Systematiker muſs sich also auf eine formale Einheit beschränken, und das Mannigfaltige des positiven Rechts durch Zurückführung auf Arten und Gattungen möglichst zu vereinfachen suchen. Bey diesem Verfahren muſs die Abstraction auf den Begriff des Gesetzes, als den höchsten Gattungsbegriff, führen, und dieser ist dann in alle seine einzelnen Theile aufzulösen. Die Erörterungen über die Gesetze überhaupt, und was damit nothwendig zusammenhängt, sind dann der Gegenstand des allgemeinen, die Vorschriften der Gesetze über besondere Rechtsverhältnisse der Gegenstand des besondern Theils.

Zweyter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Ursprungs.

§. 8.

1) Natürl. Recht,

In Rücksicht des Ursprungs betrachtet, sind die Gesetze entweder natürliche (*ius naturae*, oder nach der Terminologie der Römer: *ius gentium*, oder auch wohl *ius naturale* m)), wenn sie

l) Glücks Comm. §. 15.

m) In einem andern, als dem, oben, §. 1. angegebenen Sinn Cicero de republ. L. III. S. 11. L. 11. de iust. et iure (1. 1.) L. 2. de divis. rer. (1. 8.) §. 1. §. 11. I. de rer. div. (2. 1.) Theophili paraphr. L. 1. T. 2. pr. Welcker über Staat, Recht und Strafe. S. 498—534.

auf der natürlichen Billigkeit beruhen, und insofern auch in der Regel durch das Berufen auf den gemeinen Verstand unterstützt werden können n); oder positive (*ius positivum, civile*), wenn sie durch ein Factum der Willkühr ihre Sanction und letzte verbindliche Kraft erhalten haben. Die letzten können seyn reines, oder vermischtes positives Recht (*ius positivum merum* und *mixtum*), je nachdem sie ihren Inhalt nicht aus Vorschriften des Natur-Rechts hernehmen, oder dasselbe bestätigen. Hieraus entstehen denn auch drey Arten der Rechte und Verbindlichkeiten: natürliche (*naturales*), bürgerliche (*civiles*), und vermischte (*mixtae*). Die ersten werden unter dem Ausdruck *obligatio* im strengsten Sinn nicht mit begriffen o).

§. 9.

und dessen Beschränkung im Staat.

Der positive Gesetzgeber kann das natürliche Recht bestätigen, oder aufheben, und zwar im Verhältnifs zu den Unterthanen im Ganzen unbedingt p). Enthält das positive Recht keine Aenderung des natürlichen, so hat ein natürliches Recht im Staat die volle Wirkung eines bürgerlichen. Geschieht das Gegentheil, so wird entweder die natürliche Verbindlichkeit ganz aufgehoben, oder blofs in Rücksicht ihrer Wirkungen beschränkt. Es gibt also drey Arten der natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten, nämlich vollgültige (*efficaces*), eingeschränkte (*restrictae*) und vernichtete (*reprobatae*) q).

§. 10.

II) Positives Recht, und zwar 1) dessen Arten.

Positives Recht kann im Staat nicht ohne den Willen des Regenten gelten, aber der Regent braucht es den Unterthanen nicht gra-

n) Cicero Offic. III. 5. Gaius I. 189. Isidor. orig. V. 4. Theophilus I. 2. pr. §. 3. I. de legit. agn. tutel. (1. 15.) L. 6. 11. de iust. et iur. (1. 1.) L. 8. de R. I. (50. 17.) vergl. mit Gaius I. 52. §. 1. 11. I. de iure natur. (1. 1.) L. 9. de iust. et iur. (1. 1.). Ueber die umgekehrte Ansicht s. Rheinisches Museum 1. 2. Hft. S. 1—50.

o) pr. I. de oblig. (3. 14.) L. 16. §. 4. de fideiiussor. (46. 1.) S. überh. I. O. Westenberg de caussis obligat. (op. T. 1. n. 3.) A. D. Weber Entw. d. Lehre v. d. nat. Verbindlichkeit.

p) Weber nat. Verb. §. 57. 58. Hagemeister in den Zusätzen zu der Schrift: auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Gesetze gebunden. S. 43. fg. Kant über das Verhältnifs der Theorie zur Praxis im Staatsrecht.

q) L. 1. L. 11. de praescr. verb. (19. 5.) L. 2. §. 5. de aqua et aquae pluv. (39. 3.) cap. 6. X. de iudiciis (II. 1.) Weber a. a. O. §. 43—47. 51. 55. 88. 99.

de namentlich vorzuschreiben, sondern er kann auch erlauben, daſs aus gewissen Factis rechtliche Normen entspringen. Gesetze der ersten Art (promulgirte) werden jetzt geschriebenes, Gesetze der letzten Art ungeschriebenes genannt r).

§. 11.

A) Geschriebenes. a) Göttliches.

Das positive geschriebene Recht ist für die, welche an eine göttliche Offenbarung glauben, entweder göttliches oder menschliches. Das erste kann, wenn vom Möglichen die Rede ist, entweder particulaires seyn, welches für eine bestimmte Classe von Menschen bestimmt ist, oder universelles, welches entweder alle Menschen verbinden soll, insofern es ihnen bekannt werden sollte, oder welches wirklich allen Menschen bekannt geworden ist. Daſs das alte Testament particulaires Recht für die Juden sey, ist unter diesen ausgemacht; desto streitiger aber ist es, ob die Bibel ein universelles göttliches Recht sey, oder gar überhaupt für die Christen Zwangsgesetze enthalte s)? Der Jurist, welcher zu keiner bestimmten Religions-Partey übertreten will, kann hier nichts weiter antworten, als: die Bibel ist nicht universell publicirt. Ob sie, ihrem Zweck nach, universelle Gesetze enthalte; ob das Mosaische Recht t) durch das neue Testament aufgehoben sey, und ob das letzte bloſs moralische Vorschriften aufstelle u)? dieſs sind Fragen, welche die Theologie eines Jeden beantworten muſs. So viel

r) Die Eintheilung ist richtig, aber die Terminologie widernatürlich, und zufolge §. 3. 9. 10. I. de iure nat. gent. et civ. (1. 2.) durch eine irrige Auslegung der L. 32. pr. L. 36. de LL. (1. 3.) entstanden. Meine Vers. 2. B. S. 266. C. L. Crell de orig. et virtut. iur. non scripti. Vit. 1729. Abweichend sind A. Mylius de iure civ. scripto. Lips. 1693. Idem de iure civ. non scripto. Lips. 1694. Glück Comm. §. 82. (Hübner) Bericht. u. Zus. zu den Inst. des R. R. Leipz. 1801. S. 152. 153. Ueber die Arten beider s. Meine Vers. 1. B. n. 7. Hübner a. a. O. S. 22—42.

s) Vergl. Waldinus de legib. divin. positiv. universal. Ien. 1757. I. H. Hannesen de non existentia leg. div. pos. univers. (in eius opusc.). Meister num ius divin. detur posit. univ. (in eius exerc. F. 1.). Michaelis Mos. Recht. 1 Thl. §. 2. fg. Hellfeld de valore leg. Mos. hodiern. (in eius opusc.) Bericht. u. Zus. zu d. Inst. d. R. R. S. 140—151. Schöman Handb. 2. B. S. 32—45.

t) wie z. B. C. L. Nitzsch über die Ungült. d. Mos. Ges. etc. Wittenb. 1800. S. 22. fgg. behauptet.

u) welches unter Andern vertheidigt Popp v. Ehescheidungen. 1—3. Abh.

bleibt indeſs juristisch gewiſs, daſs selbst die moralischen Vorschriften des neuen Testaments, sofern sie *in concreto* erkennbare Liebespflichten begründen, nach den Vorschriften des Römischen Rechts (§. 4.) in einem christlichen Staat nicht ohne alle Wirkung bleiben können, vielmehr in demselben eben so behandelt werden müssen, wie die nach den Begriffen der Römer erkennbaren moralischen Pflichten.

§. 12.

b) Menschliches. α) recipirtes; Die positiven Gesetze menschlichen Ursprungs sind in Deutschland theils recipirte, theils einheimische. Zu den ersten gehören I) das, bekanntlich aus den Institutionen, Pandekten, dem neuen Codex, und den Novellen bestehende Justinianeische Recht, jedoch nur so weit, als es glossirt ist x). II. Das Kanonische Recht. Dieses enthält folgende Sammlungen: 1) das *Decretum Gratiani*, enthaltend Excerpte aus Kirchenvätern, mancherley geistliche und weltliche Gesetze u. s. w. im J. 1151. verfaſst. 2) Die Decretalen-Sammlung Gregor IX., (*Liber Extra Decretum*) ähnlichen Inhalts, und publicirt 1234. 3) Die Decretalen-Sammlung Bonifaz VIII., (*Liber Sextus* genannt) vom J. 1298. 4) Eine Sammlung der Verordnungen Clemens V. (*Clementinae*), abgefaſst 1311.; 5) die sogenannten *Extravagantes Ioannis* XXII., gesammelt 1340, und die *Extravagantes communes* von 1483, jene bestehend aus Decretalen Johann XXII., diese aus Decretalen der Päpste von Urban IV. — Sixtus IV., und beide von Gregor XIII. im J. 1580. als Gesetzbücher

x) Das Gegentheil behaupten C. A. Beck de novell. Leonis earumque usu et auctoritate, und G. L. Menken de novellar. glossatar. et non gloss. auctoritat. iuris. Lipz. 1707. Allein vergl. Walch controv. p. 10. 11. Zepernick mantiss. ad Beck de Nov. Leon. cap. 3. Ueber die unglossirten Stellen des Codex s. G. W. Hugo über die nicht glossirten Stellen des Codex. Jena 1807. Glück Handb. I. S. 271—274. G. A. Cramer sacra natalia Friderici VI ect. Kil. 1826. p. 47—59. und über die Zahl der glossirten Novellen: Hugo Civ. Mag. 3. B. n. 1.7. P. F. Weiſs historia Novell. litterar. Partic. 1. Marb. 1800. Meine civ. Abh. S. 215. Savigny Zeitschr. 4. B. 1. Hft. nr. 4. Glück Handb. 1. B. S. 231—233. Biener Geschichte d. Novellen S. 243—249. Ueber die verschiedenen Ansichten der Glossatoren vergl. R. Beneventani opusc. de dissensionibus dominorum, ed. C. G. Haubold. Lips. 1821.

bestätigt *). III) Die, den Ausgaben des *corp. iur. Romani* allgemein angehängten sogenannten *libri* oder *consuetudines feudorum*.

§. 13.

Fortsetzung.

Alle diese recipirten Gesetzsammlungen gelten schlechthin und im Ganzen als gemeines Recht in Deutschland y), sofern ihnen nicht einheimische Gesetze und deren Analogie z) im Wege stehen, und ihr Object überhaupt noch existirt a). Dafs der Grund der recipirten Rechte jetzt wegfalle, oder unsere Lage zweckmäfsigere Gesetze erheische, steht juristisch der Anwendung derselben nicht entgegen b).

§. 14.

β) einheimisches.

Die einheimischen Gesetze sind Theils solche, deren Verbindlichkeit sich, vermöge einer allgemeinen rechtlichen Nothwendigkeit, über ganz Deutschland erstreckt, (gemeines Reichsrecht), Theils solche, welche nur für einzelne Theile Deutschlands gelten. Zu den ersten gehören blofs die deutschen Reichsgesetze c). Die letzten sind wieder allgemeine Land-, Provincial- und Local-Rechte, je nachdem sie für ein, aus mehreren Provinzen bestehendes Territorium, einen District desselben, ohne einen einzelnen Ort erlassen sind.

§. 15.

B) Ungeschriebenes. Eintheilung.

Für die Lehre vom ungeschriebenen Recht ist der erste Hauptgrundsatz: jeder, welcher nicht durch geschriebene Gesetze gebunden

*) I. W. Bickel über die Extravagantensammlungen. Marburg 1825.

y) Not. O. v. 1512. §. 1. 3. K. G. O. v. 1555. P. 1. Tit. 13. §. 1. P. 3. Tit. ult. §. 1. C. C. C. Art. 118. 126. 135. H. Linken. Diss. de iur. Justin. recept. Pars 1. Altorf 1679. Pars 2. ibid. 1680. A. Duck de auctorit. iur. civ. Lips. 1676. Walch controv. p. 3. 4. C. H. Horn de praerog. morum Germaniae in concursu cum LL. receptis. Viteb. 1718.

z) L. 6. §. 1. de V. S. (50. 16.) C. F. Kühne de applicat. iur. Rom. ad instituta iur. Germ. propria. Helmst. 1792.

a) E. I. Westphal de iur. Rom. indole et oblig. diversa ratione in for. ap. Rom. et Germ. Lips. 1726. Webers Reflex. zur Beförd. einer gründl. Theor. v. heut. Gebr. des R. R. (auch in dessen Vers. 1. B. n. 1.).

b) Meine Theorie d. log. Ausl. §. 15. A. M. ist H. E. Kestner problema ostendens ius Rom. deficiente iure statutario aut provinciali non esse attendendum in casibus, ubi aut rationi aut aequitati repugnat. Rint. 1705. S. auch Hufeland Geist des R. R. 1. Thl. S. 200—205.

c) Mevius P. 2. Dec. 185. Hufelands Beytr. 1. Hft. 3. St.

ist, kann sich vertragsmäſsig selbstgebilligten Gesetzen unterwerfen, ohne einer allgemeinen Erlaubniſs oder besondern Billigung des Gesetzgebers zu bedürfen; soll hingegen Jemand Gesetzen unterworfen werden, welche weder der Regent gegeben, noch der zu Verpflichtende selbst gebilligt hat, so muſs dieſs durch den Beweis des allgemeinen erlaubenden, oder besondern genehmigenden Willens des Regenten gerechtfertigt werden. Gesetze der ersten Art kann man, zur Kürze des Ausdrucks, vertragsmäſsiges, Gesetze der letzten Art gesetzliches ungeschriebenes Recht nennen.

§. 16.

a) Gerichtsgebrauch.

Zu der letztgenannten Art des ungeschriebenen Rechts gehört 1) der Gerichtsgebrauch *(res iudicatae)*. Wenn nämlich bey einem Gericht häufig und stets eine Norm als gesetzlich befolgt ist, so muſs dieses Gericht, es sey nun von den bloſsen Gerichtsformen d), oder dem Gegenstande der Streitigkeiten die Rede, die bisher angenommenen Normen, wenn sie den Gesetzen nicht widerstreiten e), als Gesetz befolgen f), jedoch nur in Ansehung der Puncte, in welchen die bisherigen Urtheile gleichförmig waren g). Coordinirte Gerichte binden sich nicht durch ihre Urtheilssprüche, wohl aber Obergerichte die Untergerichte, sofern nicht bey diesen schon früher ein Gerichtsgebrauch ausgebildet war h); auch darf man Meynungen der Juristen nicht dem Gerichtsgebrauch gleichsetzen, obgleich Schwäche und Vorurtheil denselben in Deutschland viel Ansehen verschafft haben i). Häufig nennt man diesen Gerichtsgebrauch, verbunden mit dem Gewohnheitsrecht, Observanz. Im strengsten Sinn versteht man aber unter Observanz stillschweigende Verträge der Glieder

d) S. Stryk de stylo curiae. (Diss. T. 1. n. 23.)

e) L. 4. L. 13. C. de sentent. et interloc. (7. 45.).

f) L. 38. de LL. (1. 3.), L. 3. C. de aedific. privat. (8. 10.) L. 12. §. 5. C. de R. C. (4. 1.) L. 11. C. de iniur. (9. 35.). Das Gegentheil behaupten E. A. Haus Vers. über den rechtl. Werth d. Gerichtsgebr. Erl. 1789. §. 7—20. Jordan im Archiv für civilist. Prax. 8. B. 2. Hft. nr. 9. S. 191—261.

g) Berger oecon. iur. L. 1. T. 1. §. 19. not. o.

h) arg. §. ult. I. de satisdat. (4. 11.) Berger a. a. O. not. 1.

i) I. H. Boehmer de iniusta theor. et prax. opposit. Dessen D. de servitut. tritur. forens. (in exerc. ad P. T. 1.) I. D. Wiebeking de incommodis per interpr. usual. et observ. in iurispr. invectis. Frkf. ad V. 1748.

eines Collegii. Zu diesen gehört natürlich nur der einzelne Act der Einwilligung k).

§. 17.

h) Gewohnheitsrecht.

Gleiche gesetzliche Kraft hat 2) das Gewohnheitsrecht *(ius consuetudinarium, consuetudo, mores maiorum)* l). Wenn nämlich die gemeine Meynung einer gewissen Classe von Personen eine Norm als verbindlich anerkennt, welche Absicht freilich wohl in der Regel aus einer langen Handlungsweise vermuthet werden kann *), und diese Ueberzeugung in Befolgung der Norm äufserlich dargethan hat, es sey nun durch positive, oder negative Handlungen *(consu. affirmativa, negativa)*: so entsteht aus dieser geäufserten gemeinen Meynung ein Gesetz für jeden, welcher zu dieser Classe von Personen gehört m), sofern nur die Gewohnheit nicht unvernünftig ist n), und sich auf Puncte erstreckt, welche das geschriebene Recht unbestimmt liefs *(c. constitutiva)*. Den Gesetzen widerstreitende Gewohnheiten *(correctoriae, derogatoriae)*, wenn sie nicht speciell vom Regenten genehmigt o), oder eine unvordenkliche Zeit hindurch ausgeübt sind p), gelten nach

k) Griebner de observ. colleg. iurid. (in opusc.) Schnaubert Beytr. z. Staats- u. K. R. 1. Th. n. 6. Meurer jur. Abh. 1. S. n. 6.

l) C. Thomasius de iure consuet. et observantiae. Hal. 1699. G. v. d. Busche de consu. an et quando vim leg. obtin. Goett. 1752. C. C. Hofacker de iure consuet. Tub. 1774. Meurer jur. Abh. u. Beobacht. 1. S. n. 4. 5. 6. Gutjahr das Gewohnheitsrecht. Leipz. 1801. I. N. K. Guilleaume Abh. d. Rechtslehre v. d. Gewohnheit. Osnabr. 1801. (Hübner) Bericht. u. Zusätze zu den Inst. des R. R. §. 12. K. H. L. Volkmar Beytr. zur Theorie des G. R. Braunschw. 1806. Dabelow v. der Verjährung. 2. B. S. 108—134. C. C. W. Klötzer Vers. eines Beytrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht. Jena 1813. Archiv für civilist. Prax. 3. B. 2. Hft. nr. 18. E. F. E. Schmidt Vers. einer Theorie des Gewohnheitsrechts. Leipz. 1825.

*) C. E. Weise de vi consuetudinis in caussis criminalibus. Lips. 1813. p. 8—13. Zum Theil a. M. ist Klötzer S. 189—214.

m) §. 9. I. de iure nat. (1. 2.) pr. I. de acquis. per arrog. (3. 11.) L. 32—38. de LL. (1. 3.) L. 8. de R. N. (23. 2.) L. 1. §. 15. de inspic. ventre (25. 4.) L. 2. C. quae sit long. consu. (8. 53.).

n) Nov. 134. c. 1. G. A. Struv de consuet. rationab. et irrationab. Ien. 1667. V. B. Kraufser de consuetudine facti. Altorf. 1695.

o) L. 32. §. 1. de LL. (1. 3.).

p) Denn die unvordenkliche Verj. ist an sich ein Rechtsgrund wider die Gesetze. Meine Schr. üb. Bes. u. Verj. 2. Thl. §. 74. fgg.

Römischem Recht nicht, sie mögen nun auf Abschaffung des Gesetzes durch Nichtgebrauch gehen (*desuetudo*), oder Einführung eines, dem Gesetz widerstreitenden neuen Grundsatzes (*c. obrogatoriae*) q), und zwar alles diefs selbst dann, wenn sie gerichtlich bestätigt wurden r).

§. 18.

Dessen Erfodernisse.

Das Gewohnheitsrecht, da es einmal gesetzlich anerkannt ist, setzt demnach, aufser den oben genannten negativen Erfodernissen, als positives Erfodernifs voraus, dafs wenigstens die Majorität s) einer gewissen Classe von Personen eine Norm als verbindlich angesehen, und diefs durch nicht versteckte *), gleichartige t), im Ganzen ununterbrochene u) Handlungen zu erkennen gegeben hat. Die Vielheit dieser Handlungen läfst sich weder nach Zahlen berechnen x), noch kann man hier Alles ohne Princip der, alsdann blinden, Willkühr des Richters überlassen y), vielmehr ist darauf zu sehen, ob aus der Zahl dieser Handlungen in vorliegendem Fall die gemeine Meynung dieser Classe von Personen erhellet.

§. 19.

Fortsetzung.

Eine, nach diesen allgemeinen Begriffen legale Gewohnheit erfodert, um Gesetzkraft zu erhalten,

q) L. 38. vergl. mit L. 39. de LL. (1. 3.) L. 2. C. quae sit l. consu. (8. 53.) L. 5. C. de LL. (1. 14.). Cocceii I. C. L. 1. T. 3. qu. 4. F. C. Conradi de consuet. legem haud vincente. Helmst. 1745. Hübner a. a. O. S. 164—169. C. G. Schweizer de desuetudine. Lips. 1801. Schöman Handb. 1. B. S. 56—64. Klötzer S. 85—126. A. M. sind Viele mit G. H. Ayrer de consuet. legem vincente. Goetting. 1763. Glück Comm. T. 1. §. 93. Gesterding im Arch. für civ. Prax. 3. B. 2. St. S. 271—281. Schmidt a. a. O. S. 7—50. Nach kanonischem Recht mufs man freilich das Gegentheil behaupten. cap. 3. 8. 11. X. de consuet. (1. 4.) cap. 1. 2. 3. eod. in 6. (1. 4.) A. M. ist Klötzer S. 104—120. Schmidt a. a. O. S. 57—76.

r) A. M. ist Leyser spec. 9. m. 10. vergl. damit Hartleben spec. 11. med. 10. Müller ad Leyser Obs. 37.

s) Lauterbach coll. L. 1. T. 3. §. 33.

*) Klötzer S. 182—188.

t) L. 1. C. h. t. (8. 53.) vergl. auch Glück §. 87.

u) L. 3. C. l. c.

x) A. M. sind Viele. Vergl. Köchy Medit. 1. S. n. 8. Meditat. über versch. R. M. 3. B. n. 182.

y) A. M. sind die eben angef. Schriften, und Glück §. 86. Klötzer S. 164—172.

weder die besondere Zustimmung des Regenten z), noch auch die Bestätigung im Gericht a), oder den Ablauf einer langen, bestimmten oder unbestimmten Zeit b), am wenigsten der Verjährungszeit c), wiewohl durch beide die Existenz der gemeinen Meynung sehr bestärkt, und aus einem ordentlichen Gerichtsgebrauch die gemeine Meynung sich zugleich mit ergeben kann d); daher der, von unsern Juristen, und auch in den Gesetzen e), vom Gewohnheitsrecht unterschiedene Gerichtsgebrauch gewissermaſsen eine Art des ersten ist f). Selbst unbedingte Gleichheit der Handlungen ist kein wesentliches Stück, weil kein Gesetz sie fodert g), und eine gemeine Meynung und Handlungsweise sehr wohl bey einzelnen wenigen Ausnahmen bestehen kann.

§. 20.

Beweis des G. R.

Bey dem Beweise des Gewohnheitsrechts h) ist von Seiten des Beweisführers

z) cap. 1. de constitut. in 6. v. d. Busch l. c. cap. 3. §. 26—32. Weber Reflexionen (Versuche 1. B. n. 1.) §. 24. Klötzer S. 38—85. Häufig, aber ohne Grund, wird dawider angeführt L. 32. de LL. (1. 3.). A. M. ist Schöman Handb. 1. B. 5. 29—56.

a) L. 34. de LL. (1. 3.) steht dem nicht entgegen, so wenig als L. 3. C. de aedific. priv. (8. 10.) L. 1. C. quae sit long. cons. (8. 53.). Cramer Obs. iur. un. T. 3. Obs. 847. C. C. Staudinger de consuet. contradicto iudic. firmata. Goett. 1754. Meditat. üb. versch. R. M. 3. B. n. 183. Klötzer S. 143—164. A. M. sind Meurer a. a. O. S. 125. fgg. Hofacker Diss. cit. cap. 2. §. 38. fgg. und in Betreff correctorischer Gewohnheiten Wernher P. 9. Obs. 193. Kind qu. for. T. 1. c. 38.

b) Volkmar l. c. §. 33—40. Wie man allgemein, aber irrig, aus L. 32. 33. 35. de LL. (1. 3.) L. 2. 3. C. eod. (8. 53.) folgert. A. M. sind Viele, aber unter mancherley Modificationen. S. Meditat. über versch. R. M. 3. B. n. 182. H. G. Bauer de ver. iuris consuet. ratione lapsuque tempor. ad illud introduc. necess. Lips. 1761.

c) Abweichend sind Viele wegen cap. ult. X. de consuet. (1. 4.) Allein s. I. H. Hochstetter de praescr. consuet. Stuttg. 1776. Meurer a. a. O. S. 157. fgg.

d) L. 1. C. quae sit long. consu. (8. 53.).

e) L. 38. de LL. (1. 3.).

f) L. 34. eod. L. 1. C. cit. Hofacker princ. T. 1. §. 124. Dagegen ist Klötzer S. 287—296.

g) L. 3. §. 6. de testib. (22. 5.). Klötzer S. 173—181. Allgemein behauptet man das Gegentheil wegen L. 38. de LL. (1. 3.) L. 1. 3. C. h. t. (8. 53.) L. 3. C. de aedific. priv. (8. 10.). Allein daraus läſst sich jener Satz nur in Betreff des Gerichtsgebrauchs herleiten.

h) D. H. Kemmerich de probat. consuet. et observantiae. Ien. 1732. 1746. 1773. Gaertner med. Sp. 1. m. 12. Pütter Beytr. 2 Th. n. 39. Cocceii I. C. L. 1. T. 3. qu. 15.

nichts, als die Existenz der positiven Erfodernisse (§. 18.) darzuthun. Daſs die Gewohnheit unvernünftig, wider die Gesetze, und unterbrochen sey, gehört zum Gegenbeweise i). Die gewöhnlichen Beweismittel sind auch hier zulässig, also Urkunden, sofern sie nur an sich beweisend sind, und die streitigen Facta speciell angeben k); ferner Zeugen, welche der Gewohnheit genau kundig sind l), ohne daſs man mehr als zwey fodern kann, wenn diese so viel Facta, als in dem streitigen Fall zum Beweise gehören, angeben können m); endlich selbst Eide, und zwar nicht allein der Erfüllungseid, sofern der Beweisführer über die, zur Ergänzung nöthigen Facta etwas wissen kann n), sondern selbst der angetragene o); nur darf freilich der, durch eines jener Mittel geführte Beweis nachher nicht wider Dritte benutzt werden p). Notorische, zur eigenen Wahrnehmung der Gerichte gelangte Gewohnheiten bedürfen gar keines Beweises q).

§. 21.

c) andre Arten, besonders d) Gemeinde-Statuten.

3) Man kann hieher ferner rechnen alle testamentarischen Dispositionen und alle Verordnungen unter Lebenden, welchen der Familien-Vater seine Kinder und Sklaven unterwerfen darf, so wie 4) in gewissem Betracht die Statuten der Gemeinheiten. Die Letzten verdienen eine besondere Erörterung.

§. 22.

Fortsetzung von Statuten.

Jede Mehrheit zu einem bestimmten Zweck verbundener Personen, die Verbindung sey nun auf eine Zeit lang geschlossen (Gesellschaft) oder auf immer *(universitas)*, hat die Befugniſs, sich durch vertragsmäſsige Gesetze *(statuta conventionalia)* zu binden,

i) Kemmerich l. c. Sect. 2. §. 6.

k) Wernher P. 4. Obs. 110. Mevius P. 4. Dec. 2. Struben 2. Th. 59. Bd. zum Theil a. M. ist in Betreff der Gerichtsatteste Leyser Sp. 9. m. 9.

l) Kemmerich l. c. §. 17. Pufendorf T. 2. Obs. 138.

m) Glück §. 87. Mehr Zeugen fodern Kemmerich l. c. Voet L. 1. T. 3. §. 34.

n) Kemmerich l. c. §. 17. A. M. sind Voet l. c. §. 33. Struben 4. B. 163. Bd. Einen Glaubenseid gestatten die mehrsten mit Wernher P. 1. Obs. 38.

o) A. M. ist Malblank de iureiur. §. 44.

p) Tit. C. inter alios acta (7. 60.), vergl. mit Seuffert Erört. einzeln. Lehren S. 30. 31.

q) Gönner Handb. d. Proc. 3. B. 32. Abh. §. 11. Martin und Walch Mag. f. d. Proc. 1. B. S. 85. 86.

ohne daſs es dazu einer besondern Erlaubniſs des Regenten bedarf r), sofern nur die bestehenden, dem Privat-Mann unabänderlichen Gesetze dadurch nicht aufgehoben werden s). Will eine Universität sich das Letzte anmaſsen, oder dritte Personen durch ihre Gesetze *(statuta legalia)* binden, so muſs der Regent dieſs besonders gestatten, sofern nicht der Dritte eine Sache, worüber durch *statuta conventionalia* Vorschriften gemacht sind, erwirbt, weil er dann selbst die darauf gelegten Lasten übernimt t). Alles dieses gilt denn auch von den deutschen Territorial-Städten, welche jedoch, wenn sie das Recht, *statuta legalia* zu errichten, erhalten haben, durch diese weder solche Personen, denen ein privilegirter Gerichtsstand beygelegt ist, noch auch Fremde binden können, sofern nicht beide sich durch den Erwerb einer Sache den dinglichen Statuten, oder durch Betreibung eines Gewerbes den dieses betreffenden Verordnungen unterworfen haben, oder von der Form und den rechtlichen Folgen der Geschäfte eines Fremden, oder der Führung eines Processes die Rede ist u). Die Rechtmäſsigkeit der Polizey-Verfügungen städtischer Obrigkeiten muſs daher abgeleitet werden, daſs sie nicht bloſs Gemeindevorsteher, sondern zugleich Verwalter der Polizey-Hoheit Namens des Regenten sind x).

§. 23.

Schluſsbemerkung über Autonomie.

Das vertragsmäſsige ungeschriebene Recht (§. 15.) ist so mannigfaltig, als die im Staat vorhandenen Verträge sind. Die Grenzen desselben folgen von selbst aus den weiter unten zu entwickelnden Grundsätzen über die Natur eines Vertrags. Zum Beschluſs noch die Bemerkung, daſs man die ungeschriebenen Gesetze, welche die Bürger sich selbst oder Andern geben, Autonomie-Gesetze zu nennen pflegt y).

r) I. H. Boehmer de natur. statutor. (Exerc. ad P. T. 1. Maiers Autonomie 2. St. §. 64—68. Ueber die Form, wie statuta zu errichten sind, und über die Natur einer universitas s. unten §. 218—223.

s) Müller ad Leyser Obs. 22. 26. So weit Privat-Personen sich Strafen unterwerfen können, so weit können denn auch statuta dergleichen verhängen. Riccius v. Stadtges. 2. B. 6. Hptst.

t) Riccius 16. Hptst. §. 10. fgg.

u) S. unten §. 36. Riccius 13. Hptst. §. 14. 15. 16. 32. 16. Hptst. §. 12. 13.

x) Riccius 5. Hptst.

y) Pütter Beytr. 2. B. n. 21. Majer Autonomie. 1. St. §. 23.

Dritter Abschnitt.

Ueber die Verbindungskraft der Gesetze.

§. 24.

1) Von welcher Zeit binden sie?

Die Verbindungskraft der positiven Gesetze kann erst mit dem Augenblick anfangen, da das Factum, welches sie begründet, vollständig vorhanden ist. Geschriebene Gesetze werden also erst durch die Promulgation geltend, aber auch sofort durch diese [z]), wenn nicht etwa der Gesetzgeber den Eintritt der Verbindungskraft weiter hinaussetzen [a]), oder derjenige, den das Gesetz an sich bindet, eine entschuldbare Unwissenheit der Publication beweisen sollte [b]). Die Publication, als Factum, mufs übrigens erwiesen werden, und zwar für alle Orte, wo das Gesetz gelten soll [c]); doch bedarf es nach diesem Beweise nicht noch eines besondern Beweises, dafs das Gesetz zur Anwendung gekommen sey [d]).

§. 25.

2) Für welche Fälle sind sie verbindend?

Ist ein positives Recht gültig geworden, so erstreckt sich die Wirksamkeit desselben nur auf zukünftige, nicht aber auf vergangene Handlungen [e]), d. h. nicht auf diejenigen, worauf man schon ein erworbenes Recht hat [f]); doch wird, wenn

z) L. 65. C. de decurion. (10. 31.). Die Meynung des Stryk U. M. L. 1. T. 3. §. 15. Coccеii I. C. eod. Tit. qu. 8. dafs wegen Nov. 66. c. 1. ein Gesetz im Zweifel erst zwey Monate nachher gelte, ist falsch. Wernher P. 4. Obs. 201. Leyser spec. 7. med. 8.

a) Z. B. Nov. 58. Nov. 116. cap. 1.

b) Nov. 66. c. 1. Faber in Cod. L. 1. Tit. 5. Def. 3. Riccius v. Stadtgesetzen. 2. B. 7. Hptst. §. 3.

c) Müller ad Leyser Obs. 14. Hartleben med. Sp. 8. Gärtner med. Sp. 1. m. 9. Abweichend ist Leyser Sp. 7. m. 1. 2. und Vol. 12. Sp. 7. m. 6.

d) Riccius a. a. O. 2. B. 8. Hptst.

e) L. 7. C. de LL. (1. 14.). C. H. Lorenz de vi leg. in praeteritum. Lips. 1770.

f) L. 17. C. de fide instr. (4. 21.) L. 29. in f. C. de testament. (6. 23.) L. 65. C. de decurion. (10. 31.) L. 23. §. ult. C. mandat. (4. 35.) L. ult. C. de pact. pignor. (8. 35.) L. 29. C. de testam. (6. 23.) L. un. §. 15. C. de caduc. (6. 51.) L. 12. L. 14. §. 1. C. de suis (6. 55.) Nov. 18. c. 5. Nov. 22. c. 46. 47. Nov. 54. c. 1. Nov. 68. c. 1. Nov. 73. c. 9. Nov. 76. c. 1. Nov. 89. c. 7. Nov. 98. c. 1. Nov. 99. c. 1. Nov. 118. c. 6. Die singulaire L. 27. pr. C. de usuris (4. 32.) hat indefs manche abweichende Ideen über den Begriff der praeteritorum veranlafst. Vergl. N. C. Lynker de vi legis in praeteritum. Ien. 1681. 1751. Th. 5.

der Regent ein Gesetz erklärt, und diese Verordnung als Erklärung angesehen wissen will, die authentische Auslegung bis zum Publicationstag des erklärten Gesetzes zurückgezogen g). Wird indefs ein Gesetz vom Regenten namentlich auf die Vergangenheit gerichtet, so gilt es auch für frühere Handlungen, mit der Einschränkung, dafs alle durch Vergleich, Zahlung, oder Urtheile aufgelösten Geschäfte und entschiedenen Streitigkeiten nach dem älteren Recht zu entscheiden sind h), wohin auch alle, in der zweyten Instanz anhängigen Rechtssachen gehören i).

§. 26.

3) Wen binden sie? Die Kraft der geschriebenen, von der Staatsgewalt promulgirten Gesetze erstreckt

R. C. Henne de vi leg. in praeteritum. Erf. 1737. C. G. Reinhardt de valore et vi leg. in praet. Hal. 1748. Reinharth ad Christinaeum Vol. 1. Obs. 49. n. 5. Huber prael. L. 1. T. 3. §. 10. Müller ad Leyser Obs. 15. Gönner Archiv. 1. B. 1. Hft. n. 10. Chabot de L'Allier questions transitoires. Paris. 1809. 2. B. 4. Sirey Journ. 1809. II. 277. und Bibl. du Barreau 1809. I. 97. Ueber die zurückwirkende Kraft der Gesetze, aus dem Franz. v. Blondeau. Düsseldorf. 1810. Pfeiffer Rechtsf. Hannov. 1810. 1. 2. Hft. Germania. 3. B. 1—3. Hft. n. XVI. A. D. Weber über die Rückanwendung positiver Gesetze. Hannov. 1811. C. C. J. v. Herrestorff über die zurückwirkende Kraft der Gesetze. Düsseldorf. 1812. verbessert Frankfurt 1815. C. G. Overbeck über die Fortdauer der Gültigkeit älterer Hypotheken auf Mobilien. Hamb. 1812. Zeller über Fortwirkung der alten Statute auf Güterverhältnisse und Erbschaften. Heilbronn 1813. Rehberg über den Cod. Nap. S. 62—90. J. Wiesen über die rückwirkende Kraft der Gesetze. Wetzl. 1814. J. N. Borst über die Anwendung neuer Gesetze auf früher entstandene Rechtsverhältnisse. Bamberg. 1814. F. K. v. Strombeck Beyträge. Götting. 1816. Rudhart Controversen im Cod. Nap. 1. B. S. 11—220. F. Bergmann das Verbot der zurückwirkenden Kraft der Gesetze. Hannov. 1818. Themis 7. B. 6. St. nr. 1. J. S. Verburg de lege ad praeteritum non trahenda. Lugdun. Bat. 1823. F. A. von Zu-Rhein Beyträge. München 1826. 1. Hft. nr. 2.

g) Nov. 19. praef. in f. Lynker l. c. T. 39—42. Voet L. 1. T. 3. §. 17. Leyser Sp. 7. m. 6. v. Berg Beobacht. 4. B. n. 10. Bergmann S. 60—64. 196—203. Grolman und Löhr Magaz. 4. B. 2. 3. Hft. S. 265—283. Zum Theil a. M. sind die Bericht. und Zus. zu den Inst. des R. R. S. 174. 175. Hufeland Geist des Röm. R. 1. Thl. S. 52—60.

h) L. 21. in f. L. 22. §. 1. C. de SS. eccl. (1. 2.) L. un. §. 4. C. de contract. iudic. (1. 53.) L. ult. §. 5. C. de legit. hered. (6. 58.) L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.) Nov. 19. praef.

i) A. M. ist, aber wider Nov. 115. cap. 1., Glück Comm. §. 21. a. E.

sich über Alles, was innerhalb des Territorii enthalten ist, Personen sowohl, als Sachen. Die, welche sich der Staatsgewalt überhaupt unterworfen haben, werden dadurch überall verpflichtet; Fremde hingegen nur, so lange sie sich im Territorio aufhalten, in Ansehung der Einrichtung ihrer Handlungen k). Im Zweifel werden bewegliche Sachen nach den Gesetzen beurtheilt, welchen ihr Eigenthümer für seine Person unterworfen ist l), und wenn auch die Gesetze des Territorii, wo sie liegen, namentlich mit auf sie gerichtet seyn sollten, so muſs doch die Wirkung derselben mit der Ausführung der Sachen aus dem Territorio in ein anderes aufhören. Der Umfang der Verbindungskraft der einzelnen Arten des ungeschriebenen Rechts ergibt sich von selbst aus der besondern Natur eines jeden derselben.

§. 27.

Fortsetzung. Auch der Regent ist nach allgemeinen Begriffen als Privat-Person, so weit man diese in ihm unterscheiden kann, seinen eigenen Gesetzen unterworfen, wenn er sich in dem Gesetz nicht selbst ausgenommen hat, wenn die nachherige Abweichung die Rechte der Bürger nicht verletzt, oder ein Grund eintrit, da das Recht des Unterthanen überhaupt gebrochen werden darf; doch findet natürlich, wenn der Regent unabhängig ist, im Fall der Weigerung kein Zwang gegen ihn Statt m). Das Römische Recht, obgleich die Kaiser sich factisch oft ihren Gesetzen unterwarfen n), erklärt jedoch den Regenten rechtlich für unabhängig von seinen Gesetzen o). Für Kaiser und Reichsstände galt ehemals, bey völlig gleicher Lage, derselbe Grundsatz in Deutschland p);

k) C. F. Boeschen de vi leg. civil. in subd. tempor. Lips. 1772. Riccius v. Stadtges. 2. B. 15. 18. Hptst.

l) Riccius a. a. O. 17. Hptst. §. 1. 2. 8.

m) Vergl. Wachendorf de principe legib. soluto (in eius Diss. triade. Ultr. 1730.). Schnaubert de principe legib. soluto. Ien. 1793. auch übers. mit Anm. v. Hagemeister unter dem Titel: auch der Regent ist an die von ihm gegebenen Ges. gebunden. Rost. und Leipz. 1795. Gött. gel. Anz. 1795. S. 83. fgg.

n) §. ult. I. quib. mod. test. infirm. (2. 17.) L. 4. L. 10. C. de LL. (1. 14.) L. un. §. 14. C. de caduc. toll. (6. 51.).

o) L. 31. de LL. (1. 3.) Nov. 105. cap. 2. §. 4. Huber Digress. L. 1. c. 18. 35.

p) Gönner Handb. des Proc. 2. B. S. 39. 40.

alle Territorial-Regenten hingegen waren, unter den obigen Beschränkungen, ihren Gesetzen unterworfen q).

§. 28.

Ausnahmen im Fall eines Irrthums.

Der Unterthan ist schuldig, ein gehörig publicirtes Recht zu kennen, und richtig anzuwenden r); doch gibt es Fälle, da ein Irrthum (er sey nun, welches gleichgültig ist s), Nichtwissen (*ignorantia*) oder Falschwissen (*error*),) im Recht, oder über die Thatumstände, verziehen wird t). Was I) die Rechtsunwissenheit betrifft, so ist es 1) allgemeiner Grundsatz, dafs der, welcher sich hätte belehren lassen können, und es nicht that, alle, selbst sein erworbenes Vermögen verringernden nachtheiligen Folgen seines Irrthums tragen mufs u). War der Irrthum entschuldbar, welches zu erweisen ist, so wird er A) in Betreff eines beabsichtigten Gewinns in der Regel *) nicht verziehen, so wie, wenn Jemand nothwendige Formen nicht beobachtet, ein verbotenes Geschäft eingeht, oder ein Urtheil rechtskräftig werden läfst **). Ist aber sonst B) von einem zu vermeidenden Schaden die Rede, so wird der Rechtsirrthum nicht zum Nachtheil angerechnet x), so, dafs der Irrende selbst das, vermöge eines entschuldbaren Rechtsirrthums Gezahlte zurückfodern kann y).

q) S. die Schriften in not. m.

r) L. 9. C. de LL. (1. 14.) L. 12. C. h. t. (1. 18.). T. Berger de oblig. civ. ad cognosc. in civ. leges. Cob. 1738. I. T. Richter de eo quod lex semper loqui praesumatur. Lips. 1747.

s) L. 1. h. t. (22. 6.) L. 57. de O. et A. (44. 7.).

t) Vergl. überh. I. Malcoti Prael. ad Tit. Cod. de iur. et fact. ignor. G. Strecker D. de iur. et fact. ignor. Erf. 1754. G. L. Boehmer D. de eod. arg. Goett. 1745. Reinhardt v. der iur. u. facti ignor. (in dessen kl. Schr. 1. St. n. 3.). F. C. Hermann v. d. Wirkungen des Irrthums. Wetzlar. 1811. Hufeland Geist des Röm. R. 1. Thl. S. 231—241. Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. 1. Hft. n. 4. Archiv für civilist. Praxis. 2. B. 3. Hft. nr. 35. Glück Erl. d. Pand. 22. B. S. 267—374. Seuffert Erört. einz. Lehren nr. XI.

u) L. 9. §. 3. de iur. et fact. ignor. (22. 6.). Wernher lect. com. eod. Tit. §. 4. Andrer M. s. Leyser Sp. 189. M. 3. Müller ad Leyser Obs. 506.

*) Eine Ausnahme, welche Huber L. 22. T. 6. §. 2. zu sehr ausdehnt, enthalten L. 10. de B. P. (37. 1.) L. 6. 8. C. qui admitti (6. 9.).

**) L. 56. de re iudic. (42. 1.) L. 1. C. de interd. matr. (5. 6.). Archiv für civil. Prax. 2. B. S. 363—378.

x) L. 3. L. 4. L. 7. 8. 9. eod. L. 7. §. 4. de iurisd. (2. 1.) L. 1. §. ult. de edend. (2. 13.).

y) L. 3. pr. ad SCt. Maced. (14. 6.) L. 10. C. de iur. et fact. ignor. (1. 18.) vergl. mit L. 14.

2) Besondere Ausnahmen finden Statt A) in Ansehung der Minderjährigen, welchen, wenn sie nicht für Rechtskunde öffentlich autorisirt sind, auch ohne Beweis der Schuldlosigkeit die Unwissenheit nicht zur Last gelegt wird, selbst dann nicht, wenn von der Erlangung eines Gewinnes die Rede ist z); B) in Ansehung der Soldaten, welche auch ohne Beweis der Schuldlosigkeit, jedoch in der Regel blofs beym Verlieren, Verzeihung erhalten a). Auf eben diese Art werden, C) denen ihre ungeschickte Natur *(rusticitas)* nicht zum Nachtheil angerechnet werden kann, beym Verlieren geschont b). Endlich sind D) Weiber, aber nur in einzelnen Fällen vom Beweise einer schuldlosen Unwissenheit ausgenommen c), nämlich bey einigen Verbrechen d), bey der Zurückfoderung einer Nichtschuld e), und bey versäumten Cautionen im Procefs *). Allen diesen unter B. C. D. genannten Personen fällt es denn an sich auch nicht zur Last, wenn sie Belehrung erhalten konnten, wohl aber, wenn sie derselben leichtsinnig auswichen f). II) Die Unwissenheit factischer Umstände schadet, wenn von eignen Factis die Rede ist, in der Regel immer, wenn nicht ein Entschuldigungsgrund vom Irrenden g); die Unbekannt-

L. 26. §. 12. L. 38. 40. 54. 59. de cond. indeb. (12. 6.) L. 5. C. eod. (4. 5.) und L. 7. h. t. (22. 6.). Ueber die verschiedenen Ideen s. Glück Comm. 13. B. S. 135—149. Hermann a. a. O. §. 8. Cocceii I. C. Lib. XII. T. 6. qu. 14. Viele sind freilich andrer Meynung. Höpfner Comment. §. 954. not. 2. F. Alef de eo quod iust. est circa iuris et facti ignor. Heidelb. 1747. §. 35. fgg.

z) L. 9. pr. de iur. et fact. ign. (22. 6.) L. 2. L. 11. C. eod. (1. 18.) L. 38. §. 7. ad L. Iul. de adult. (48. 5.) L. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.). Lauterbach coll. L. 22. T. 6. §. 14.

a) L. 25. §. 1. de probat. (22. 3.) L. 9. §. 1. h. t. (22. 6.) L. 1. C. h. t. (1. 18.). Im Ganzen weiter geht Markart exerc. II. c. 3. §. 3.

b) L. 25. §. 1. de probat. (22. 3.) L. 7. §. 4. de iurisd. (2. 1.) L. 1. §. 5. de edendo (2. 13.) L. 3. §. 22. ad SCt. Sillan. (29. 5.).

c) L. 9. pr. h. t. (22. 6.) L. 13. C. eod. (1. 18.). A. M. ist I. Klein de innoxia mulier. ignor. Rostok. 1697. Markart l. c. c. 3. §. 3. Huber l. c. §. 2.

d) L. 38. §. 2. ad L. Iul. de adult. (48. 5.) L. 5. §. 5. ad L. Corn. de fals. (48. 10.) L. 1. §. 10. ad SCt. Turpill. (48. 16.) L. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.).

e) L. 25. §. 1. de probat. (22. 3.) L. 5. C. de pact. (2. 3.) L. 9. C. ad SCt. Vell. (4. 29.).

*) L. 8. §. 2. quid satisd. cog. (2. 8.) Cuiac. Obs. L. 14. c. 39.

f) Ueber die verschiedenen Ideen s. Klein l. c. cap. 2. n. 85—96. Leyser Sp. 289. m. 4. 5. Müller ad Leyser Obs. 507. Struben 3. B. 109. Bed. Hommel Rhaps. Obs. 477.

g) L. 7. ad SCt. Velleian. (16. 1.) L. 22. de cond. indeb. (12. 6.) L. 2. L. 6. L. 9. §. 2. h. t. (22. 6.). Crell de ignorantia facti proprii interdum innocua. Vitemb. 1771.

schaft mit fremden Factis hingegen gereicht Niemandem zur Last, dem nicht seine Unwissenheit als grobe Nachlässigkeit erwiesen werden kann h). Ueber den Beweis des Irrthums haben wir keine singulairen Gesetze. Also ist der Irrthum von dem, welcher deſswegen entschuldigt werden will, durch die gewöhnlichen Beweismittel darzuthun, daher der bloſse Eid desselben nicht genügt *).

Vierter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Rücksicht ihres Umfangs.

§. 29.

In Rücksicht des Umfangs.

In Rücksicht des Umfangs betrachtet, sind die Gesetze entweder I) allgemeine *(generales)*, welche eine Regel aufstellen, und zwar entweder 1) gemeine *(ius commune)*, wenn sie eine Regel aufstellen, welche nicht von dem abweicht, was die strenge Natur des Rechts mit sich bringt, oder 2) besondere *(ius singulare, ius exorbitans,* auch *privilegium,* und sofern eine Vorschrift vortheilhaft ist, *beneficium legis),* wenn sie eine solche Ausnahme wider das strenge Recht einführen i). II) Specielle, welche nur für individuelle Fälle und Personen gelten. Diese sind entweder 1) solche, welche keine Ausnahme vom gemeinen Rechte machen, wie z. B. Instructionen in Regierungssachen; oder 2) sie enthalten eine solche. Dann heiſsen sie *Privilegia* oder *Constitutiones personales* k), wiewohl die

h) L. 3. h. t. (22. 6.).

*) Meine Vers. 2. B. S. 126—129. A. M. ist Löhr in dessen Magaz. 4. B. 1. Hft. S. 53—56. wegen cap. 4. X. de except. (2. 25.) cap. 6. X. qui matr. accus. (4. 18.) cap. 4. X. de sentent. excomm. (5. 39.) cap. 8. de elect. in VI. (1. 6.).

i) L. 14. 15. 16. de LL. (1. 3.) L. 141. 162. de R. I. (50. 17.). H. E. Kestner de iure singulari. Rintel. 1702. I. H. Meier de cod. arg. Erf. 1726. F. C. Conradi ad Iulii Pauli ex libro sing. de iure singulari reliqua. Lips. 1728. (in opusc. ed. Pernice Vol. 1. nr. 3.)

k) §. 6. I. de iure nat. (1. 2.). Ueberh. Gebauer singularia de privilegiis. Goett. 1740. (Exerc. T. 1.) G. A. Enenckel ab Hohneck Tr. de privilegiis iur. civ. Libri III. Frkf. 1606. Ratisb. 1720. G. F. Wasmuth de priv. natura et in specie de modquibus finiuntur et amitt. Goett. 1787. Hufeland über den Geist des R. R. 1. B. S. 211—299. Uebrigens gebrauchen die Römer das Wort privilegia auch bey iuribus singularibus. L. 40. L. 42. L. 44. §. 1. de admin. tut. (26. 7.).

Neueren den Ausdruck *privilegium* nur da zu gebrauchen pflegen, wo Jemand für mehrere Fälle vom gemeinen Recht ausgenommen ist [l]).

§. 30.

Insbesondere von Privilegien.

Privilegien können Jemandem zum Nachtheil gereichen, oder vortheilhaft seyn (*privilegia odiosa* und *favorabilia*) [m]), welches sich auf mannigfaltige Weise denken läfst [n]). Man kann sie ferner entweder durch einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag erwerben, oder ohne einen solchen [o]). Werden sie Jemandem blofs für seine Person ertheilt, so heifsen sie *personalia*; kommen sie hingegen Andern zu statten, welche accessorisch bey dem Hauptrechte interessirt sind, oder als Nachfolger in dasselbe eintreten, oder den Privilegirten beerben, so heifsen sie *realia* [p]). Aus beiden vermischte Privilegien (*mixta*) gibt es nicht [q]). Im Zweifel streitet, wenn nicht vom Uebergang auf den *Successor singularis* die Rede ist, für die *Privilegia realia* die Vermuthung; doch kann man in Beziehung auf Vererblichkeit die Privilegien ausnehmen, welche unentgeltlich erworben wurden [r]).

l) Vergl. überh. Meine Vers. 2. B. n. 13.

m) G. B. Beckmann de aequitate privil. odiosi, et potestate imperantis circa illud. Goetting. 1750.

n) Z. B. exasperatio poenae, dispensatio, mitigatio poenae, aggratiatio, abolitio. I. S. Stryk de abolitione principis. Hal. 1695.

o) Manche leugnen diefs, Stryk de iure privil. contra privil. cap. 1. §. 21—31. Gebauer de privileg. §. 19., allein ohne hinlänglichen Grund. Wasmuth l. c. cap. 1. §. 2. Nicht zu billigen ist es freilich, wenn man die privilegia non conventionalia mit dem Namen gratiosa bezeichnet. Vergl. I. G. Schaumburg de natura privil. tam gratios. quam conventionalium. Jen. 1756.

p) L. 7. §. 1. de except. (44. 1.) L. 1. §. 41—44. de aqua quot. (43. 20.) L. 68. L. 196. de R. I. (50. 17.) L. 3. §. 1. de censibus (50. 15.). Toullieu collect. Diss. 15. Man nennt auch wohl das einer Sache adhärirende vorzugsweise reale, Gebauer l. c. §. 16. man sollte aber nie mit Mevius P. II. Dec. 173. das, einer universitas verliehene, obgleich es erst mit dieser erlischt, L. 1. §. 2. de iure immun. (50. 6.) L. 4. §. 3. de cens. (50. 15.) auch ein reale nennen, weil dadurch die falsche Vorstellungsart befördert wird, als ob das einzelne Gemeindeglied pro rata Rechte habe. S. unten §. 218—223. Ganz leugnet die privilegia realia durch eine Wortverdrehung F. Alef figmentum privilegiorum realium. Heidelb. 1741.

q) wie viele mit Hert de transit. privil. ad alios (in opusc. V. 1. T. 3. p. 16.) irrig behaupten.

r) Man hat hierüber sehr verschiedene Ansichten. Vergl. Cocceii I. C. L. 1. T. 4. qu. 4. Wasmuth l. c. cap. 1. §. 1.

§. 31.

Wer ertheilt Privilegien?

Privilegien können nur vom Regenten, und ohne dessen Erlaubniſs nie vom Magistrat, sie konnten ehemals also in Deutschland für das Reich nur vom Kaiser unter Zustimmung der Reichsstände, die Kaiserlichen Reservate abgerechnet, und in den Territorien nur von den Territorial-Regenten ertheilt werden s). Uebrigens können sie ertheilt werden nicht bloſs an Unterthanen, sondern auch an Fremde, wenn diese es annehmen, oder durch den Aufenthalt im Lande, oder wegen ihrer Sachen den Zwang eines andern Regenten anerkennen müssen t).

§. 32.

Wirkung der Privilegien.

Die Wirkungen der nachtheiligen Privilegien sind Verbindlichkeiten, der günstigen, Rechte, es sey nun zu positiven oder zu negativen Handlungen *(privilegia affirmativa, negativa)*, womit denn auch immer u) Zwangsrechte gegen Störende verbunden sind, und zwar nach Analogie der Servituten eben die, in Rücksicht dieser stattfindenden Klagen x). Die besondere Natur des Privilegii ist aber immer aus dessen Inhalt, oder, wenn es bloſs ein anderes Privilegium ausdehnt *(privilegium ad instar)*, aus der Natur des letzten zu beurtheilen y). So weit es aber erworbene Rechte Dritter verletzt, ist es im Zweifel ungültig z); auch verpflichtet es den Regenten nicht, wenn dieser es nicht namentlich als Monopol ertheilte, keinem Andern ein gleiches Vorrecht zu verleihen a). — Die Lehre von der Dauer, Widerruflichkeit, Entsagung, Cession, Auslegung und Collision

Gebauer §. 17. 18. 19. Berger Oec. L. 1. T. 1. Th. 15. Hartleben med. ad P. Sp. 14. m. 5. Voet L. 1. T. 4. n. 14. Walch controv. p. 20. 21. C. G. Einert Ex. privilegium in dubio magis pro personali, quam reali reputandum. Lips. 1778. L. R. Berner de privilegio in dubio magis pro reali quam pro personali praesumendo. Heidelb. 1817.

s) Wasmuth l. c. cap. 1. §. 3—8. A. F. Rivinus de principali beneficio in conced. privilegiis. Viteb. 1754. §. 9—16.

t) Vergl. Wasmuth l. c. §. 9. Rivinus l. c. §. 17. Cocceii I. C. L. 1. T. 4. qu. 5.

u) A. M. ist ohne Grund Müller ad Leyser Obs. 44.

x) Wasmuth l. c. §. 19.

y) C. A. Rinder de privileg. ad instar. Altorf. 1714.

z) L. 7. C. de precib. imper. offer. (1. 19.).

a) Leyser Sp. 10. m. 4. Abweichend ist Müller l. c. Obs. 43.

der Privilegien mufs an andern Orten b) in Verbindung mit den, dazu gehörenden allgemeinen Grundsätzen erörtert werden.

Fünfter Abschnitt.

Ueber die Gesetze in Ansehung der Art ihrer Bekanntmachung.

§. 33.

In Betreff der Bekanntmachung.

In Ansehung der Art und Weise, wie die Gesetze erlassen werden, sind sie entweder allgemein publicirt, oder nicht. Die ersten heifsen, wenn sie allgemeine Rechtsgrundsätze enthalten, *edicta, leges edictales*, oder *epistolae generales* c). Speciell publicirt sind gewöhnlich 1) die *mandata* oder Instructionen des Regenten in Regierungssachen, welche einem Staatsbeamten für seine ganze Amtsverwaltung, oder noch wieder besonders in einzelnen Fällen ertheilt werden können (*mandata ordinaria* und *extraordinaria*) d); 2) die *rescripta*, d. h. Antworten des Regenten auf ihm vorgelegte Anfragen, welche, ja nachdem die Anfrage von einer Magistrats-Person, einer Gemeinheit, welche über eine öffentliche Angelegenheit unterrichtet seyn will, oder einer Privat-Person herrührt, *epistolae, sanctiones* oder *iussiones pragmaticae*, und *subnotationes* genannt werden e), und sowohl in Justiz-, als Regierungs-Sachen et-

b) Vergl. unten §. 40. 47. 49. 51. 77.

c) L. 1. §. 1. de const. princ. (1. 4.) §. 6. I. de iur. nat. gent. et civil. (1. 2.) L. 6. C. de secund. nupt. (5. 9.) L. 1. §. 2. de fugitivis (11. 4.).

d) L. 1. 2. C. de mandat. princip. (1. 15.). C. E. Vizzanius de mandat. princip. Amstel. 1657. Instructionen des Regenten in Privat-Sachen heifsen epistalmata. L. 3. C. de quadriennii praescr. (7. 37.). I. H. Boehmer D. de iure epistalmatis. Hal. 1735.

e) Theoph. ad §. 6. I. de iur. nat. (1. 2.) L. 7. C. de div. rescript. (1. 23.) L. 15. C. de prox. sacr. scrin. (12. 19.) L. 1. C. de prec. imper. offer. (1. 19.). Schulting pro rescript. imper. Romanor. (op. T. 1.) D. G. Hunthum de rescript. princip. Romanor. Lugd. Bat. 1709. (in Oelrichs Th. D. Belg. Vol. II. T. 3.) I. H. Boehmer de sanct. pragmat. indole (Exerc. T. I.). — Nach Nov. 125. sollen, wie Manche glauben, die epistolae wegfallen; allein s. dagegen Nov. 113. und Schulting pro rescript. imperator. §. 3. Auf allen Fall hebt cap. 68. X. de appellat. (2. 28.) diefs auf. I. H. Boehmer I. E. Prot. L. 1. T. 3.

was verfügen können; daher die Eintheilung in Justiz- und Gnaden-Rescripte f). 3) *Decreta* oder Entscheidungen des Regenten in einem, in höchster Instanz an ihn gelangten Procefs, nach förmlicher Verhandlung desselben g). Verschieden davon sind 4) die *Interlocutiones*, wenn der Regent ohne förmliche Rechtsverhandlung eine Sache entscheidet h).

§. 34.

Verbindungskraft der Decrete und Rescripte.

In Betreff der Form und Verbindungskraft der Decrete und Rescripte sind noch folgende Sätze wichtig: 1) Rescripte müssen vom Regenten, oder Namens desselben unterzeichnet, und mit dessen Siegel versehen seyn, auch das Datum i), und die Voraussetzungen und Bedingungen *(clausulas)*, unter denen sie gelten und gültig bleiben sollen, ausdrücklich enthalten; doch braucht die Clausel: *si preces veritate nitantur*, nicht mehr namentlich hinzugefügt zu werden k). 2) Die Wirkung eines Justiz-Rescripts fängt von dem Augenblick an, da es dem Richter insinuirt, eines Gnaden-Rescripts von dem Augenblick, da es ertheilt ist l). 3) Rescripte, welche dem Staatswohl, oder erworbenen Rechten Andrer Eintrag thun, sind im Zweifel als nichtig zu behandeln m). 4) Ein Rescript, welches auf Bitten *(ad instantiam)*, und nicht aus eigner Bewegung *(ex arbitrio)* erlassen ist, verliert seine Wirkung, wenn dem, welcher sich dasselbe auswirkte, vorgeworfen werden kann, dafs er es durch Verschweigung wahrer, oder Anführung falscher Thatumstände veranlafste *(exceptio ob- und subreptionis)*. Hätte der Impetrant das, was ihm das Rescript zusichert, durch einen

§. 3. Ueber adnotationes der Kaiser s. Peyron Cod. Theod. p. 38. 39.

f) Textor D. de rescript. grat. et iustit.

g) Theophilus ad §. 1. I. de iur. nat. (1. 2.).

h) L. 1. §. 1. D. de constit. princ. (1. 4.). Huber prael. L. 1. Tit. 2. §. 9. Für Nebenurtheile hält sie I. C. Heimburg progr. II. de interlocut. principum. Ien. 1739. Vergl. überh. Meine Vers. 2. B. S. 274. 75.

i) L. 3. 4. 6. C. de divers. rescr. (1. 23.).

k) L. 7. pr. C. l. c. vergl. mit cap. 2. X. de rescript. (1. 3.). I. E. Alemann de clausulis rescriptorum. Altorf. 1680.

l) cap. 49. X. de appell. (2. 28.) cap. 7. X. de rescript. (1. 3.). Ueber die Rechtskraft der Rescripte vergl. Berger Dec. n. 8. I. H. Boehmer consult. et dec. T. 3. P. 2. Dec. 11. Kind quaest. for. T. 1. cap. 16.

m) L. 6. C. si contr. ius vel util. publ. (1. 22.) L. 3. 7. C. de precib. imper. offer. (1. 19.).

Rechtsgang erhalten können, und in diesem den Beweis führen müssen: so muſs er gegen den, welcher das Rescript bestreitet, die Falschheit der *exceptio sub-* und *obreptionis* beweisen; in allen andern Fällen findet das Umgekehrte Statt n). 5) Ohne allgemeine Bekanntwerdung können Decrete, Rescripte und Interlocute nicht allgemein verpflichten. Ist aber jenes geschehen, so haben Decrete und Rescripte, welche eine authentische Interpretation enthalten, allgemein verbindende Kraft; Rescripte andrer Art hingegen, und Interlocute nur dann, wenn namentlich vorgeschrieben ist, daſs sie allgemein gelten sollen o).

Sechster Abschnitt.

Ueber das Verhältniſs der Gesetze zu einander.

§. 35.

1) Collision subordinirter, und

Betrachtet man die Gesetze im Verhältniſs zu einander, so entsteht die Frage: wie der Vorrang derselben zu bestimmen ist? Die Beantwortung dieser Frage ist in folgenden Regeln enthalten: I) Gesetze, welche sich auf irgend eine Art in einander passen lassen, heben sich nicht auf, sondern beschränken sich nur p). II) Ist ein gerader Widerstreit, so hebt das, seiner Sanction nach jüngere Recht das ältere auf. III) Die Einheimischen Deutschen Gesetze gehen den recipirten vor, und unter den einheimischen hat das mehr particulaire vor den mehr gemeinen den Vorrang q).

n) Da der J. R. A. §. 80. alles auf die Willkühr des Richters stellt: so kann man hier nach allgemeinen Grundsätzen kein anderes Princip aufstellen. Abweichend ist die gemeine Theorie, welche man bey Boehmer I. E. P. L. 1. T. 3. §. 11. findet; wieder eine andre vertheidigt Hofacker princ. I. R. G. T. 1. §. 115. und noch eine andre C. O. Graebe D. de except. Sub- et Obreptionis earumque probat. Rint. 1788.

o) L. 2. 3. C. de LL. (1. 14.) vergl. mit L. 12. C. eod. Die verschiedenen Meynungen Andrer s. bey Zepernick ad Siccama de judic. centumvir. Append. 7. §. 19—21. I. C. Koch de constit. principum. Ien. 1754. Emminghaus ad Cocceii I. C. L. 1. T. 4. qu. 1. not. w.

p) L. 41. de poen. (48. 19.) L. 80. de R. I. (50. 17.).

q) S. oben §. 13. 14.

IV) Das Kanonische Recht hat den Vorzug vor dem Römischen, wenn nicht erwiesen werden kann, daſs die Praxis das umgekehrte Verhältniſs bestimmt hat, oder daſs neuere Gesetze die Vorschriften des letzten anzunehmen nöthigen r). V) Widerstreiten sich einzelne Theile des Kanonischen Rechts, so hat der jüngere den Vorzug. VI) Wir haben das Justinianeische Recht als solches recipirt, und müssen nach Justinians Absicht das Verhältniſs der Theile desselben bestimmen *). Die Novellen derogiren mithin allen übrigen Theilen, und unter ihnen geht die jüngste vor. Der Codex und die Institutionen gehen den Pandekten vor, aber derogiren ihnen eigentlich nicht, sondern zeigen nur durch ihre entgegenstehenden Bestimmungen an, was in den Pandekten historisch ist s); doch sind die Institutionen den Pandekten nachzusetzen, wenn sich zeigen läſst, daſs jene einen, nicht beabsichtigten Fehler enthalten t). Widerstreiten sich die einzelnen Theile der Institutionen, der Pandekten oder des Codex unter einander, so gibt es bey allen Stellen, welche nicht als bloſs geschichtliches Material erscheinen, für den Juristen kein Princip, wonach der Vorrang eines derselben bestimmt werden könne u). VII) Die Authentiken

r) H. Hildebrand de praevalentia iur. canon. prae iure civili in foro. Norimb. 1697. Floerke de praer. iur. Can. prae iure Iustin. Ien. 1722. Die ganz oder zum Theil entgegenstehenden Meynungen Andrer lernt man kennen aus Cocceii I. C. Proleg. qu. 7. et Emminghaus in not. ibid. Bericht. u. Zus. zu den Inst. d. R. R. §. 14. fgg.

*) Vergl. uber die ganze Sache: Meine civilist. Abh. S. 79—107. Hufeland uber den Geist des Röm. R. 1. Thl. S. 123—182. G. F. C. Haenlein de officio et potestate interpretis circa antinomias in Pandectis obvias. Erlang. 1817. Grolman u. Löhr Magaz. 3. B. 2. Hft. nr. 7.

s) So läſst sich die gemeine, von Höpfner Comment. §. 16. vorgetragene Theorie mit der entgegenstehenden Theorie des N. Giphanius tract. quaest. an C. abroget P.? F. Gratian de conciliat. leg. et C. (beide in Berger Cod. Iustin. illustrationes. Francf. et Lips. 1767. 4.), welche den Codex und die Pandekten absolut vereinigt wissen wollen, vernünftig verbinden. Noch andre Ideen s. bey Walch controv. p. 6—9.

t) Z. B. L. 7. §. 7. in fin. de acquir. rer. dom. (41. 1.) vergl. mit §. 25. I. de rer. divis. (2. 1.).

u) Const. Tanta Circa de conf. Digest. §. 15. L. 3. §. 20. C. de vet. iur. en. (1. 17.) Nov. 158. vergl. mit L. 12. §. 1. C. de LL. (1. 4.). Der Verf. der Bericht. und Zusätze zu den Inst. de R. R. S. 8—14. zieht unbedingt das jüngste Fragment vor. Eben so Schöman Handb. 1. B. S. 1—12. und Haenlein a. a. O. Lächerlich ist es, wenn Boerius Dec. 115. die Fragmente aus responsis als maturiora, magis digesta atque

derogiren dem Codex, insofern sie mit ihrer Quelle übereinstimmen x).

§. 36.

2) coordinirter Gesetze.

Collidiren VIII) Gesetze mit einander, welche sich nicht subordinirt, sondern coordinirt sind, so ist, in Gemäßheit der Praxis y), das Verhältniſs derselben nach folgenden Regeln zu bestimmen: 1) Ein Unterthan ist im Ganzen in Ansehung aller Rechtsverhältnisse den Gesetzen des *fori*, vor welchem er in der Regel belangt werden muſs, (den *statutis personalibus*) unterworfen z), und muſs selbst auswärts danach gerichtet werden, wenn ihm nicht die persönlichen Statute ein, Auswärtigen lästiges Privilegium verliehen haben a). 2) Wenn von der Form des Processes, welcher Begriff aber nicht über den *modus procedendi* ausgedehnt werden darf b), ferner von der Form und Gültigkeit eines Geschäfts, und den, daraus entspringenden Folgen, und endlich von der Strafbarkeit einer Handlung die Rede ist, so kommen die sogenannten *statuta mixta* zur Anwendung, d. h. die Gesetze, wo der Proceſs zu führen, das Geschäft errichtet, oder das Verbrechen vollbracht ist c); doch ist, wenigstens

expensa den ex commentariis vorgezogen, oder wenn Noodt prob. L. II. c. 2. jene, wegen des Verdachts einer Bestechung, diesen nachgesetzt wissen will.

x) Denn nur Justinians Gesetze, aber nicht die Arbeiten der Glossatoren sind recipirt. Walch controv. p. 9. 10. Brunquell hist. iur. p. 2. c. 10. §. 14. I. I. Scherz de authent. auctorib. et auctoritate. Argent. 1733. in C. F. Zepernick biga libellor. auth. illustr. Hal. 1788.

y) Huber und Voet in den Anhängen zu ihren Comm. in Tit. 3. Lib. 1. H. Hildebrand de obligatione forensium ex iure statutario. Norimb. 1698. I. N. Hert de collisione legum (in op. Vol. 1. T. 1.). I. T. Seger de leg. et decret. in territorio alieno. Lips. 1777. Mehrfach gegen die Praxis erklärt sich A. F. C. Haus de principiis a quibus pendet legum sibi contrariarum auctoritas ect. Goett. 1824.

z) Hert Sect. 4. §. 8. 34.

a) Man ist sich freilich in Betreff dieses Satzes nicht bestimmt einig. Vergl. Stryk de iur. privileg. extra territor. c. 3. n. 134. Hert l. c. §. 12. 14. 16. Riccius v. Stadtges. 18. Hptst. §. 6. Emminghaus ad Cocceii Tit. de iurisdict. qu. 23. not. L.

b) Hert l. c. §. 65. 66. Riccius 15. Hptst. §. 16. 17. Andrer M. ist Weber nat. Verb. §. 95.

c) L. 6. D. de evict. (21. 2.) cap. 6. X. de crim. falsi (5. 20.) cap. 8. de confirm. util. (2. 30.). Hert l. c. §. 10. 21. 53. 54. 57. 58. 59. Riccius 2. B. 15. 18. Hptst. Kleinschrodt Grundw. des peinl. R. §. 122. fgg. Auch gültige Privatacten gelten auswärts. Grolman über olographe und mystische Testamente. Gieſs. 1814. S. 14—103. A. M. ist der Verf. der Schrift: über die Grundlage etc. des olographen und mystischen Testaments. Wiesbaden 1814. S. 7—62.

nach der Meynung Vieler *), ein auswärts, zwar nicht nach den *statutis mixtis*, wohl aber nach den *statutis personalibus* des Unterthanen errichtetes Geschäft im *foro domicilii* aufrecht zu erhalten. Auf allen Fall ist ein, nach den *statutis mixtis* gültiges Geschäft im *foro domicilii* als ungültig zu behandeln, wenn es, um die einheimischen Gesetze zu chikaniren, auswärts errichtet ward, oder die auswärtigen Gesetze zu Handlungen berechtigen, welche der einheimischen Verfassung schlechthin widerstreiten d). 3) Wenn die Gesetze des Orts, wo unbewegliche Güter, und was denselben gleich ist e), belegen sind, über Sachen etwas bestimmen: so kommen diese (*statuta realia*) vor jenen beiden Arten der Statute zur Anwendung f). In Betreff beweglicher Sachen entscheiden die persönlichen Statute g), sofern nicht die Statute des Orts, wo sie liegen, namentlich mit auf sie gerichtet sind h).

Siebenter Abschnitt.

Ueber Dauer und Aufhebung der Gesetze.

§. 37.

Gesetze erlöschen nur durch Widerruf.

Ein Gesetz verliert durch sich selbst seine Gültigkeit nicht, wenn nicht die Zeit verflossen ist, und die Bedingungen weggefallen sind, auf und für welche es gegeben ward i); sondern es mufs durch einen Act der gesetzgebenden Gewalt seine Kraft verlieren k). Durch einen solchen wird es aufge-

*) Hert Sect. 4. §. 10. Allein s. dagegen Weber natürl. Verb. §. 62. not. 2.

d) Weber nat. Verb. §. 62.

e) Leyser Sp. 26. m. 3. Pufendorf T. 3. Obs. 174 §. 7. fg.

f) Hert l. c. §. 9. 13. 17. 22. 30. 38. 41. 44. 46. 47. 64. Hildebrand l. c. §. 19. 20. Riccius 16. Hptst. wichtige Gründe wider diese Theorie der Praktiker in Betreff der Intestaterbfolge findet man in G. L. Menken D. de statutis civitat. provincialium in success. ab intestato ad bona etiam alibi sita secundum ius civile extendendis. Lips. 1741. §. 9. fgg. Martin Rechtsgutachten. 1.B. S. 175. fgg. S. auch noch über stillschweigende Hypotheken A. F. Meifsner v. stillschw. Pfandrecht. Leipz. 1803. §. 23. 24. 25.

g) Hofacker princ. iur. R. G. T. 1. §. 140.

h) Riccius 17. Hptst. §. 1. 2. 8.

i) L. 1. §. 43. de acqu. quotid. (43. 20.) L. 6. §. 14. de excusat. (27. 1.). Das blofse Wegfallen der Beweggründe gehört aber noch nicht dahin. §. 50.

k) L. 27. C. de test. (6. 23.).

hoben, auch wenn es als ewigdauernd l) sanctionirt, und in dem jüngeren Gesetz jene Clausel nicht namentlich erwähnt und aufgehoben ist m).

§. 38.

Arten der Aufhebung.

Veränderungen eines Gesetzes können auf mehrfache Weise geschehen, und zwar durch gänzliche, oder theilweise Aufhebung. Das Erste heifst *abrogare*, und kann sowohl durch blofse Aufhebung, als Entgegensetzung einer widerstreitenden Bestimmung geschehen. Das Letzte läfst sich denken durch theilweises blofses Aufheben *(derogare)*, oder durch einen Zusatz *(subrogare)*, oder Aufhebung eines Theils durch Entgegensetzen eines andern *(obrogare)* n).

§. 39.

Wirkung auf das ältere Recht.

Das neuere Recht hebt das ältere auf o). Da indefs das letzte nur dadurch überwogen werden kann, wenn der Widerstreit des ersten völlig klar ist; so ist ein zweydeutiges neues Gesetz im Zweifel stets nur in dem Sinn zu befolgen, in welchem es am wenigsten vom bestehenden Rechte entfernt p): auch ist ein neues, selbst unbeschränkt allgemeines Gesetz so zu behandeln, als ob es nur die entgegenstehende Regel des älteren Rechts, nicht aber die von derselben gemachten Ausnahmen habe aufheben wollen q), wenn nicht diese Ausnahmen ausdrücklich oder *implicite*, z. B. durch Billigung nur einer einzigen der ältern Ausnahmen r), mit auf-

l) z. B. L. 4. C. de SS. eccles. (1. 2.) L. 6. C. de sec. nupt. (5. 9.).

m) I. N. Hert de lege clausula ne obrogar. possit munita §. 8. (op. V. 1. T. 3. n. 1.). Andrer M. ist wegen L. 14. pr. de legat. 1. (30.) L. 22. de legat. III. (32.) mit mehrern Bartolus in L. omnes populi D. de iust. et iur. col. 11. vers. quid dicemus.

n) Ulpiani Fragm. T. 1. §. 3. Dirksen Beyträge S. 494—497.

o) L. 4. de const. princ. (1. 4.).

p) L. 35. C. de inoff. testam. (3. 28.).

q) L. 26. 27. 28. de LL. (1. 3.) L. 80. de R. I. (50. 17.) L. 41. de poen. (48. 19.) L. 3. C. de silentar. et decur. (12. 16.) cap. 1. de constit. in 6. (1. 2.). I. F. Ludovici an species deroget generi. Hal. 1741. F. T. Seydlitz (praes. Stockmann) de vi legum prior. in posterior. Lips. 1803. Andre Ideen hat zum Theil Gönner jur. Abh. 1. B. n. 7. Allein vergl. z. B. L. 26. §. 1. C. de usur. (4. 32.) mit L. 2. 3. C. de usur. rei iudic. (7. 54.) L. 4. C. de aedific. privat. (8. 10.) Nov. 158. praef. Meine Civil. Abh. S. 108—130. Abermals a. M. ist Bornemann im neuen Archiv. Rostock 1818. S. 178. fgg.

r) z. B. L. 23. pr. C. ad SCt. Velleian. (4. 29.) Nov. 134. c. 8. Wird blofs eine Regel aufgestellt, und derselben eine neue Ausnahme beygefügt, so liegt darin offenbar keine Aufhebung der ältern Singularien.

gehoben sind. Mit Aufhebung der älteren Regel fallen aber natürlich von selbst alle Folgesätze derselben [s]).

§. 40.

Aufhebung der Privilegien.

Auch von Privilegien gelten im Ganzen alle jene Grundsätze [t]). In Rücksicht vortheilhafter Privilegien treten indeſs die besondern Bestimmungen ein, daſs sie, wie unten (§. 1043.) weiter zu entwickeln ist, durch Verjährung verloren gehen, und wenn sie erworbenen Rechten Andrer, also auch älteren Privilegien widerstreiten, im Zweifel als erschlichen zu behandeln sind [u]). Widerruft der Regent ein Privilegium, so ist ihm dieſs unbedingt erlaubt, wenn es *precario*, oder *ad beneplacitum* verliehen war [x]), oder wenn der Privilegirte sich eines Miſsbrauchs desselben zu Schulden kommen lieſs [y]): doch verlangt man einen groben Miſsbrauch, und eine vorgängige Verwarnung [z]). In andern Fällen sollte es der Regent, und zwar gegen Entschädigung, nur des öffentlichen Wohls wegen widerrufen [a]); allein da, wo er unter keinem höheren Zwange steht, kann dieses Princip keinen praktischen Nutzen haben. Durch den Tod des Verleihers erlischt es im Zweifel nicht [b]), wohl aber durch Entsagung des Privilegirten, so weit es ihn interessirt [c]), wenn ihm die Entsagung nicht verboten ist, wohin die, freilich nicht befolgte Regel gehört, daſs das Mitglied eines Standes der, diesem Stande verliehenen Vorrechte sich nicht begeben kann [d]).

s) Meine Vers. 1. B. S. 213—224.

t) Ueberh. I. A. Frommann de revocatione privil. licita. Tub. 1705. I. G. F. Wasmuth de privilegior. natura. Goett. 1787. cap. 2. Quistorp kl. jur. Schrift. 1. Samml. S. 99. fgg.

u) L. 7. C. de precib. imp. offer. (1. 19.) L. 4. C. de emancip. (8. 49.) cap. 1. de constit. in 6. (1. 2.).

x) Wasmuth l. c. §. 23. 24.

y) can. 7. D. 74. cap. 11. 24. X. de privileg. (5. 32.).

z) arg. c. 43. X. de rescript. (1. 3.) arg. II. Feud. 27. §. 7. Stryk de iure privilegiat. contra privil. §. 33. Idem de abusu iur. quaesiti. cap. 4.

a) Struben 2. B. 80. Bed. Müller ad Leyser Obs. 43. Hommel Rhaps. Obs. 469. Ueber Kaiserliche Privilegien s. Gerstlacher corp. iur. german. 4. B. 9. Cap.

b) Wasmuth l. c. §. 29. fgg.

c) L. 29. C. de pact. (2. 3.) cap. 6. X. de privil. (5. 33.). Wasmuth l. c. §. 24.

d) Cap. 12. X. de foro comp. (2. 2.). Selbst die Regel wird geleugnet von Hufeland Geist des Röm. R. 1. Thl. S. 286—290.

Zweyter Theil.

Ueber den Zweck der Gesetze.

§. 41.

Einleitung. Der Zweck der Gesetze ist: Anwendung derselben auf die, dadurch bestimmten Fälle. Hiezu gehören nicht allein Kenntnifs des Sinns der Gesetze, und der, Rechte und Verbindlichkeiten begründenden Geschäfte, sondern auch mannigfaltige Geschicklichkeiten und Fertigkeiten, welche den Gegenstand des sogenannten praktischen Unterrichts ausmachen. Mit Uebergehung dessen, was dem letzten angehört, sind hier nur die Grundsätze der Auslegung der Gesetze und rechtlicher Geschäfte aufzustellen.

§. 42.

I) Auslegung der Gesetze. Eintheilungen. Wenn man das, was als Vorschrift eines Gesetzes zu betrachten ist (den Sinn des Gesetzes), bestimmt angibt, so heifst diefs Auslegung eines Gesetzes *(interpretatio iuris)*, und ein System solcher Regeln juristische Auslegungskunst *(hermeneutica iuris)* a). Geschieht die Auslegung durch die gesetzgebende Gewalt, so heifst sie *legalis*;

a) V. Forster de iuris interpr. (Otto Thes. T. II.). V. Placcius de iurecons. perfecto. Holm. et Hamb. 1693. 4. F. Rapolla de iureconsulto, s. de rat. discend. interpr. iur. civ. Neap. 1726. 8. auch Deutsch mit Noten v. Griesinger. Stuttg. 1792. 8. C. H. Eckhard hermen. iur. cum not. C. F. Walch. Lips. 1779. 8. u. jetzt ex ed. G. W. Walch. Lips. 1802. 8. J. G. Sammet Hermeneutik des Rechts, herausg. v. F. G. Born. Leipz. 1801. 8. F. Maglianus de iuris interpretandi ratione. Neapoli 1808. M. A. Mailher de Chassat tr. de l'interprétation des loix. Paris 1822. 8. Ueber die allgemeinen Begriffe und die Arten der Auslegung, vergl. auch: Zusätze und Bericht. zu den Inst. des R. R. S. 171—190. G. S. Teucher de natura et formis interpr. et hermeneutices civilis observ. Spec. 1. et 2. Lips. 1804. K. S. Zachariä Vers. einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts. Meissen

im entgegengesetzten Fall nennt man sie *doctrinalis*. Die erste ist wieder *authentica* oder *usualis*, je nachdem sie der Quelle des geschriebenen oder ungeschriebenen Rechts ihren Ursprung verdankt. Die Gültigkeit derselben hängt an sich nicht von ihrer Uebereinstimmung mit Auslegungs-Regeln, sondern nur von den Grenzen der gesetzgebenden Gewalt des Urhebers derselben ab. Nur für die doctrinelle Auslegung bedarf es folgender Grundsätze.

§. 43.

Fortsetzung.

Man muſs bey jedem Gesetz, das, was nach dem Sprachgebrauch durch die Worte desselben bezeichnet wird (den Wortverstand); ferner das, was der Urheber des Gesetzes wirklich sagen wollte (Absicht des Gesetzgebers); und endlich das Resultat, welches ein consequenter Schluſs aus dem Grunde des Gesetzes ergibt, wohl von einander unterscheiden. Folgt man bey der Auslegung eines Gesetzes dem Sprachgebrauch, so wird dieſs die grammatische Auslegung genannt. Nimt man hingegen, wie es dem Juristen zur Pflicht gemacht ist [b]), auf den Geist der Gesetze *(sententia legis)*, d. h. auf die Absicht des Gesetzgebers und den Grund des Gesetzes Rücksicht, so heiſst dieſs logische Auslegung [c]).

§. 44.

Billigkeit.

Der Ausleger muſs zunächst auf die Worte sehen, und nur dann sich der logischen Auslegung bedienen, wenn sich die Gründe derselben streng erweisen lassen [d]). Vermag er weder den Wortverstand, noch den Geist der Gesetze aufzufinden, so muſs er eine authentische Interpretation nachsuchen [e]). Ist hingegen eine doctrinale Auslegung möglich, so muſs er streng bey dem Resultat derselben bleiben, und darf von diesem nicht abgehen, auch wenn naturrechtliche und morali-

1805. Zirkler Revision der Lehren des positiven Rechts. Wetzlar 1807. 2. B. S. 34. fgg. Hufeland Geist des Röm. R. 1. Thl. S. 1—211.

b) L. 29. 30. de LL. (1. 3.) L. 13. §. 2. de excusat. (27. 1.) L. 6. §. 1. de V. S. (50. 16.). A. M. ist Schöman Handbuch 1. B. S. 65 —138.

c) Meine Versuche 2. B. 9. Abh. Meine Theorie der log. Ausl. 2te Aufl. Altona 1806. §. 2. Abweichend zum Theil ist Teucher l. c. Spec. 1. p. 16—24.

d) L. 12. de LL. (1. 3.). Meine Theorie d. log. Ausl. §. 9.

e) L. 1. 9. 11. C. de LL. (1. 14.). Woltaer Obs. Fasc. 1. n. 1. Meine Theorie §. 19.

sche Ideen, welche man schwankend unter dem Ausdruck *aequitas* f), oder Billigkeit zu befassen pflegt, ein anderes Resultat erheischen sollten g).

§. 45.

1) grammatische.

Die grammatische Auslegung muſs sich bemühen, aus dem Redegebrauch die Wortbedeutungen zu erforschen h), und zu erfahren, ob ein Wort nur Eine, oder mehrere Bedeutungen hat. Ist das Letzte der Fall, so kann 1) in Rücksicht des Ursprungs die eine durch den gemeinen, oder den besondern Redegebrauch einer bestimmten Classe eingeführt seyn. In jenem Fall heiſst sie eine gemeine (*significatio vulgaris*); in diesem eine besondere (*s. particularis*), und das Wort wird ein Kunstausdruck (*terminus technicus*) genannt. Betrachtet man sie 2) in Rücksicht ihrer Gültigkeit, so ist die eine entweder die gewöhnliche, eigentliche (*s. propria*), und die andre die ungewöhnliche, uneigentliche (*s. impropria*), oder die mehreren Bedeutungen sind gleich gewöhnlich (*ambiguitas, verbum aequivocum*). Endlich kann 3) in Rücksicht des Umfangs die eine weitumfassender als die andre seyn. Jene nennt man dann die allgemeine, oder weite (*s. generalis vel lata*), diese die beschränkte, oder enge (*s. specialis, s. stricta*).

§. 46.

Fortsetzung.

Bleibt man als grammatischer Ausleger bey dem reinen Wortverstande eines unzweydeutigen Gesetzes stehen: so heiſst dieſs die wörtliche oder buchstäbliche Auslegung (*interpretatio verbalis*). Nimt man bey der wörtlichen Auslegung eines zweydeutigen Gesetzes den weiteren oder engeren Wortverstand an: so nennt man jenes jetzt gewöhnlich die weite (*interpr. lata*), dieses die strenge Auslegung (*interpr. stricta*); doch

f) L. 1. de minor. (4. 4.) L. 19. pr. de captivis (49. 15.) L. 60. de R. I. (50. 17.). Ueber die verschiedenen Begriffe der Billigkeit: I. L. Conradi de iuris et aequitatis inter se consensu. (opusc. vol. 1.). Kleins Annalen 1. B. S. 357—390. C. H. Jordan über die Billigkeit bey Entscheidung der Rechtsfälle. Götting. 1804. S. 23—54.

g) L. 12. §. 1. qui et a quib. manum. (40. 9.) L. 19. de appell. (49. 1.) L. 1. C. de LL. (1. 14.) Auth. Jubemus C. de iudic. (3. 1.). Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 2. Hartleben med. sp. 4. m. 9. Müller ad Leyser Obs. 5. 6. Ueber die abweichenden Ideen: Jordan a. a. O. S. 54. fgg.

h) I. H. Boehmer de interpr. grammat. fat. et usu in iure Rom. (in Exerc. T. II. auch als Vorrede zu Brissonius de V. S.).

bezeichnet man durch die letzte auch überhaupt die wörtliche Auslegung zweydeutiger oder unzweydeutiger Gesetze im Gegensatz der logischen Ausdehnung i).

§. 47.

Fortsetzung. Unter mehreren gegebenen Bedeutungen muſs der grammatische Ausleger im Zweifel die gemeine gewöhnliche allen übrigen vorziehen k), wenn nicht ein besonderer Redegebrauch der gesetzgebenden Gewalt erweislich gemacht werden kann l). Wechseln Wortbedeutungen in der Zeit, so hat die, zur Zeit der Abfassung des Gesetzes gebräuchlich gewesene vor den übrigen den Vorzug m). Wahrhaft zweydeutige Gesetze kann der grammatische Ausleger nur durch Aufdeckung des Doppelsinnes interpretiren; die Wahl unter den mehreren Bedeutungen bleibt dem logischen Ausleger überlassen n). Auch Privilegia stehen unter diesen Regeln. Es ist also auch bey ihnen die grammatische Auslegung im Zweifel anzuwenden, wenn nicht der Regent selbst die authentische vorzieht o). Uebrigens muſs vom Gesetzgeber stets Richtigkeit des Ausdrucks bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet, also auch im Zweifel alles, was *implicite* in den Worten liegt (*argumentum a contrario*), als Vorschrift des Gesetzes betrachtet werden p).

§. 48.

2) logische. Eintheilung. Die logische Auslegung q) kann in ihren Resultaten mit dem Wortverstande im Widerstreit stehen, oder nicht. Im letzten Fall kann sie

i) Teucher l. c. p. 25—34.

k) L. 69. de leg. III. (32.) L. 1. pr. vergl. mit L. 7. §. 3. ad SCt. Maced. (14. 6.). Rapolla l. c. p. 132—137.

l) L. 1. L. 52. de V. S. (50. 16.) vergl. mit L. 3. §. 1. de negot. gest. (3. 5.).

m) Boehmer l. c. §. 9. not. q.

n) Förster l. c. L. II. c. 2. pr. nr. 3. 4.

o) Dem widerstreitet nicht L. 43. pr. de vulg. et pup. subst. (28. 6.). Wasmuth de natur. privil. c. 1. §. 13. C. G. Einert Exerc. privilegium in dubio magis pro personali, quam reali reputandum. Lips. 1778. §. 8. I. S. Pütter de iure et offic. iudic. circa interpr. priv. Idem de iure et offic. summ. imp. tribun. circa interpr. priv. (op. n. 5. 6.) Dessen Rechtsf. I. B. P. 2. Resp. 25.

p) Meine Versuche 1. B. S. 336—341.

q) Donelli comment. L. 1. c. 13. 14. Franzke comm. ad P. L. 1. T. 3. Meine Theorie der log. Ausl. Altona 1799. 8. 2te Aufl. daselbst. 1806. 8.

mit klaren Worten übereinstimmen, oder Zweydeutigkeiten bestimmen. Das letzte Verfahren nannten die Alten *interpretatio declarativa*. Im ersten Fall kann das logische Resultat entweder ganz vom grammatischen Wortverstande abweichen, oder denselben nur ändern. Geschieht das Letzte, so wird das Gesetz entweder auf mehr Fälle ausgedehnt, oder auf weniger beschränkt. Jenes nennt man die ausdehnende Erklärung (*int. extensiva*), dieses die einschränkende (*restrictiva*) r). Die ausdehnende, einschränkende und declarative Auslegung erschöpfen also nicht alle denkbaren Arten der logischen Interpretation; aber es bedarf nur einer Entwickelung der, in Betreff jener drey Arten geltenden Grundsätze, weil diese durch Beurtheilung leicht auf alle andern angewandt werden können.

§. 49.

A) Ausdehnende.

Was 1) die ausdehnende Erklärung betrifft, so ist es, A) sofern man von dem Grunde des Gesetzes schließt, eine Hauptregel: wenn in einem übergangenen Fall derselbe Grund eintrit, warum in einem andern Fall etwas gesetzlich entschieden ist: so gilt diese Entscheidung auch in Ansehung des übergangenen Falls s), selbst wenn das Gesetz ein Gewohnheitsrecht ist t). Auch Strafgesetze, und correctorische Vorschriften, so weit bey Ausdehnung der letzten nicht das ungeändert gelassene positive Recht aufgehoben werden soll, sind auf diese Art ausdehnend zu erklären u), aber nicht *privilegia* und *iura singularia* x), und alle Gesetze, de-

r) B. Caepolla de interpr. leg. extensiva. Venet. 1657. P. F. Romanus de interpr. leg. restrictiva. Lips. 1672.

s) L. 12. 13. de LL. (1. 3.). Meine Theorie §. 17. A. M. sind in Betreff der nöthigen Gleichheit d. Grundes Franzke l. c. n. 40—68. Hofacker princ. iur. R. G. §. 156, und ganz abweichend ist H. Cock de argumento ad analogiam etc. Daventriae 1821. p. 28. sqq.

t) Glücks Comm. §. 87. a. E. Dem widerstreitet auch nicht L. 39. de LL. (1. 3.) Beytr. u. Bericht. zu den Inst. des R. R. S. 165—167.

u) L. 2. §. 29. ad SCt. Tert. (38. 17.) L. 3. de L. Pomp. de paricid. (48. 9.) L. 7. §. 3. ad L. Iul. Maiest. (48. 4.). Ueber die verschiedenen Ideen s. A. C. Jordan de propr. leg. poen. interpretandi principiis. Goett. 1799. Meine Theorie §. 20. 21. n. 3. Franzke l. c. n. 40—70. Feuerbach Revision 2. B. S. 17. fgg. Chassat de l'interprétation p. 163—173.

x) L. 14. de LL. (1. 3.) L. 141. L. 162. de R. I. (50. 17.). Meine Theorie §. 19. Das Gegentheil behauptet I. C. Conradi

ren Ausdehnung untersagt ist y). Nimt man dagegen B) auf die Absicht des Gesetzgebers Rücksicht, so ist jedes Gesetz in Gemäſsheit derselben auszudehnen z). Uebrigens pflegt man die ausdehnende Erklärung nach dem Grunde des Gesetzes Analogie zu nennen a).

§. 50.

B) Einschränkende.

2) In Betreff der einschränkenden Erklärung ist die gemeine Regel: *cessante ratione legis, cessat lex ipsa,* ganz falsch. Fällt in der Folge auch der ganze Grund des Gesetzes weg, so bleibt es dennoch gültig b), und eben so ist es bloſs deſswegen nicht einzuschränken, weil etwa der Grund desselben ausnahmsweise nicht auf einzelne Fälle paſst c). Nur dann ist die logische Beschränkung eines Gesetzes erlaubt, wenn man zeigen kann, daſs die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin ging, seine Verordnung mit für diesen Fall zu erlassen d).

§. 51.

C) Declarative.

Was endlich 3) die declarative Auslegung betrifft: so muſs man A) zunächst den Grund des Gesetzes und die specielle Absicht des Gesetzgebers zu erforschen suchen, und dann das, sich hieraus ergebende Resultat allen andern vorziehen. Ist B) von dieser Seite nichts zu entscheiden, so haben wir die Vorschriften, es sey allgemeine Absicht des Gesetzgebers, a) daſs zuvörderst die, der Natur der Sache gemäſseste Wortbedeutung vorgezogen werde e); hiernächst b) bey correctorischen Gesetzen und Privilegien die engere, d. h. die, vom bestehenden Recht am wenigsten entfernende Bedeutung f); doch muſs man bestimmt allgemeine Privilegien

ad Jul. Paul. ex libro singulari de iure singulari reliqua. Fragm. I. §. 9—12.

y) Meine Theorie §. 13. Meine Vers. 1. B. S. 325—330.

z) Meine Theorie §. 12.

a) A. D. Schwarz de recto et legit. usu decid. cas. sec. analog. Erf. 1751. Nettelbladt de eod. arg. Hal. 1751. Meine Theorie §. 28.

b) Struben 2. B. 144. Bed. Meine Theorie §. 22.

c) L. 4. 5. 6. 8. de LL. (1. 3.). Averan interpr. L. 5. c. 10. Voorda int. L. 1. c. 1. Weber über die nat. Verb. §. 64.

d) L. 6. §. 2. de iure patron. (37. 14.).

e) L. 67. de R. I. (50. 17.).

f) L. 35. C. de inoffic. test. (3. 28.). Meine Theorie §. 15. I. H. Boehmer de finib. privil. regund. c. 2. §. 9. (Exerc. T. II.). Pütter in den §. 47. not. o. cit. Abh. A. M. sind in Rücksicht der, dem Regenten schädlichen Auslegung Stryk de interpret.

im vollen Wortverstande nehmen g); endlich c) daſs der Richter im Abgang aller andern Grundsätze die billigste, mildeste Wortbedeutung den übrigen vorziehe h).

§. 52.

5) Ueber Critik.

Bey der besondern Beschaffenheit des Römischen Rechts entsteht noch die wichtige Frage: inwiefern der Jurist sich selbst durch Critik einen gesetzlichen Text bilden kann? Alles beruht hier auf den zwey Grundsätzen: 1) der Richter darf ohne authentische Interpretation nicht weiter verfahren, wenn Auslegungs-Regeln ihn verlassen i). 2) Wir haben in keinem Manuscript einen einzelnen gesetzlich sanctionirten Original-Text, sondern in den verschiedenen Manuscripten das Römische Recht recipirt. Daraus folgt denn: a) daſs es vollkommen erlaubt ist, aus Varianten der Manuscripte die bessere zu wählen, und b) durch richtige Auslegung der Manuscripte die Fehler der gedruckten Ausgaben zu verbessern. Ist aber c) der Text der Manuscripte gewiſs, so ist eine Aenderung nur dann, aber auch dann erlaubt, wenn alle Bedingungen der logischen Auslegung vorhanden sind k).

§. 53.

II) Auslegung rechtlicher Geschäfte.

Für die Lehre von der Auslegung rechtlicher Geschäfte l) enthält das Römische Recht eine beynahe unendliche Menge von Interpretations-Regeln. Fast alle Gesetze über die einzelnen

priv. c. 4. Leyser Sp. 10. m. 3. Schwankend ist Wasmuth de natur. privil. c. 1. §. 13.

g) L. 3. de const. princ. (1. 4.).

h) L. 42. de poen. (48. 19.) L. 56. L. 90. L. 155. §. 2. de R. I. (50. 17.). A. F. Rivinus de benigna ICtor. interpret. Viteb. 1752.

i) S. oben §. 44.

k) Unter dieser Einschränkung folge ich noch jetzt Meinen Vers. 1. B. n. 16. Ueber die Ideen Andrer: I. I. Schwarz Orat. de finibus critices in libris vet. jurisprud. regundis. Groen. 1752. I. L. Conradi vitiorum criticorum climax, adversus Ranchinum. Lips. 1762. S. Reichel de emendat. leg. caute suscip. Lips. 1763. R. C. Henne de usu et abusu artis critic. in iurispr. Erf. 1773. Feuerbach Civ. Vers. 1. B. 3. Abh. Allein s. dagegen: Meine Theorie 2te Aufl. Anhang. Vergl. auch noch Hufeland Geist des Röm. R. 1. Thl. S. 70—81; Spangenberg Einleitung. S. 243—253.

l) Mantica de tacit. et ambig. convent. Averan interpr. L. II. c. 30. L. III. c. 16—30. L. IV. c. 1. 2. 3. 9—17. L. V. c. 1. 2. 5—12. C. F. Alef de eo quod aequ. est in dubiis convent. (in d. acad. n. 8.). C. F. Boeschen de pactor. ambiguor. interpr. Lips. 1775.

Verträge, Servituten und Legate verdienen nur diesen Namen. Für den allgemeinen Theil können hier jedoch nur folgende Hauptgrundsätze aufgestellt werden: I) zunächst ist nach den obigen Regeln der grammatischen Gesetzauslegung auf den Wortverstand zu sehen, und die, am Ort des errichteten Geschäfts gewöhnliche Bedeutung anzunehmen m). Unbedingt allgemeine Worte sind ganz in diesem Umfange auszulegen n), und kein Wort ist als überflüssig zu behandeln o), gesetzt das ganze Geschäft sollte durch richtige Auslegung zu Grunde gehen p). Sind aber Unbestimmtheiten und Zweydeutigkeiten vorhanden, so ist a) der Sinn anzunehmen, wodurch das Geschäft aufrecht q), oder b) wodurch das, der Natur des Geschäfts angemessenste Resultat erhalten wird r). Zuletzt ist c) der Sinn vorzuziehen, welcher dem Verlierenden am wenigsten nachtheilig ist s); doch ist im Zweifel gegen den zu sprechen, welcher (wie in der Regel der Verkäufer und Vermiether) bey dem Geschäft die Anträge machte t). Eine besondere Begünstigung hat die Brautgabe *).

§. 54.

Fortsetzung. Die Worte entscheiden zwar unmittelbar; kann indefs II) eine entgegenstehende Absicht erwiesen werden, so ist das Resultat derselben vorzuziehen. Man unterscheide inzwischen: 1) bey zweyseitigen Geschäften wird, bey klaren Worten, auf die Absicht des Einen Theils nicht gesehen u). Stimmt die Absicht beider zu-

m) L. 69. de leg. III. (32.) L. 34. de R. I. (50. 17.).

n) L. 31. de evict. (21. 2.) L. 23. de S. P. U. (8. 2.).

o) L. 26. §. 2. de pact. dotal. (23. 4.).

p) L. 9. §. 6. de R. C. (12. 1.).

q) L. 22. pr. de usu (7. 8.) L. 41. L. 80. de V. O. (45. 1.).

r) L. 9. de servit. (8. 1.) L. 43. pr. de damn. inf. (39. 2.).

s) L. 34. de R. I. (50. 17.).

t) L. 17. §. 3. 4. de S. P. U. (8. 2.) L. 21. 33. 34. de contr. emt. (18. 1.) L. 39. de pact. (2. 14.) vergl. mit L. 40. 68. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 6. §. 6. L. 11. §. 17. L. 26. 27. 53. de act. e. v. (19.) L. 58. locati (19. 2.) L. 33. de aedil. edict. (21. 1.) L. 5. de evict. (21. 2.). Ueber die verschiedenen Ideen s. I. H. Boehmer de interpr. fac. advers. eum qui clarius loqui debuisset (Exerc. T. II.). Schierschmid D. de eod. arg. Erl. 1766. S. I. Kapf D. sistens quaest. quis sit qui in conv. ambig. clar. loqui debuisset? Tub. 1792. Cuiac. Obs. L. 1. c. 10. Averan interpret. L. 2. c. 2. Pufendorf T. 1. Obs. 132. §. 8. Boeschen l. c. §. 10—13.

*) L. 85. pr. de R. I. (50. 17.). Boeschen l. c. §. 12.

u) L. 99. pr. de V. O. (45. 1.)

sammen, so geht diese selbst den klarsten Worten vor [x]). Die Einleitungen zu Geschäften sind in der Regel das sicherste Mittel, die Absicht der Contrahenten zu entdecken [y]). Ist 2) das Geschäft einseitig, so entscheidet die Absicht des Redenden, und zwar, wenn seine Rede zweydeutig war, bloſs nach vorgängiger Erklärung desselben [z]). Ist ein Geschäft (wie z. B. ein Testament) von der Art, daſs es nicht ohne Willen, aber nicht durch stillschweigenden Willen errichtet werden kann: so bewirkt die erwiesene, den Worten widerstreitende Absicht bloſs die Vernichtung des Wortinhalts, nicht aber das Setzen einer neuen Vorschrift, welche nicht in den Worten liegt [a]). Kann man auf keine der bisher angegebenen Arten ein festes Resultat erhalten, so ist das Geschäft nichtig [b]).

x) L. 219. de V. S. (50. 16.).

y) L. 134. §. 1. de V. O. (45. 1.). Mantica l. c. cap. 4. Tit. 9. S. Stryk de iure praefationum cap. 2. §. 4. fgg. I. H. Boehmer consult. et dec. T. 2. P. 1. Resp. 68. n. 24. R. 318. n. 8. R. 560. n. 11. R. 564. n. 6. R. 642. n. 5. T. 2. P. 2. R. 914. n. 11. T. 3. P. 1. R. 177. n. 15.

z) L. 66. de iudic. (5. 1.) L. 52. pr. L. 83. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 96. de R. I. (50. 17.). I. G. Siegel de testatore suae volunt. interpr. Lips. 1737.

a) L. 9. pr. de hered. inst. (28. 5.) L. 7. §. 2. de supellect. legat. (33. 10.).

b) L. 10. pr. de reb. dub. (34. 5.) L. 73. §. 3. de R. I. (50. 17.).

Dritter Theil.

Ueber das Product der Gesetze.

Erster Abschnitt.

Ueber Rechte und Verbindlichkeiten an sich betrachtet.

Erste Abtheilung.

Ueber Rechte.

§. 55.

Einleitung.

Das Product, oder der Gegenstand der Gesetze sind Rechte und Verbindlichkeiten. Bey beiden muſs man das Recht und die Verbindlichkeit selbst, oder die Möglichkeit und Nothwendigkeit; ferner das Subject derselben, oder die Person, der etwas möglich oder nothwendig ist; sodann das Object, oder dasjenige, was möglich oder nothwendig ist; und endlich den Grund derselben, oder dasjenige, was ihnen ihre Existenz gibt und erhält, unterscheiden.

§. 56.

Ein Recht erzeugt 1) Freyheit zu handeln.

Aus dem Begriff eines Rechts, als einer, durch die Gesetze begründeten Möglichkeit des Zwanges folgt, 1) daſs Alles erlaubt ist, was bey Ausübung des Rechts geschieht, selbst wenn es einem Andern schädlich seyn sollte [a]). Werden jedoch erlaubte Handlungen vorgenommen, um die Gesetze dadurch arglistig zu umgehen [b]), oder bloſs in der argli-

a) L. 151. L. 155. §. 1. de R. I. (50. 17.).

b) L. 3. §. 3. ad SCt. Macedon. (14. 6.). P. Müller de his quae in fraud. leg. fiunt. Ien. 1689. G. P. Olearius de malitiosa iuris interpret. Lips. 1720.

stigen Absicht, einen Andern zu necken c): so sind sie den verbotenen Handlungen gleichzusetzen.

§. 57.

2) Möglichkeit des Zwanges.

2) Jedes Recht führt als solches die Möglichkeit des Zwanges mit sich, entweder um den Verpflichteten zu positiven Handlungen zu nöthigen, oder ihn davon abzuhalten. Ohne einen solchen Zwang ist kein Zwangsrecht denkbar, wenn auch derselbe nicht grade nothwendig gegen Mitunterthanen ausgeübt zu werden braucht d). In der Regel kann dieser Zwang im Staate nur durch richterliche Hülfe ausgeübt werden, und zwar entweder so, dafs man zuerst eine Auffoderung an den Richter ergehen läfst, damit derselbe den Verpflichteten zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit anhalte (Klage), oder so, dafs man die Klage des Andern abwartet, und derselben, um ihr auszuweichen, sein Recht entgegensetzt (Einrede). In der Regel hat, wegen der mancherley Begünstigungen des Beklagten, die Rechtsverfolgung durch Einreden den mehrsten Vortheil e).

§. 58.

Arten des Zwanges. A) Selbsthülfe.

Wer sich durch Eigenmacht Recht zu verschaffen sucht, kann sich dabey entweder angreifend, oder abwehrend verhalten. Jenes nennt man Selbsthülfe, dieses Selbstvertheidigung. Die erste ist, wenn man richterliche Hülfe erhalten kann f), in der Regel, sofern die Staatsgewalt oder privatrechtliche Dispositionen, (welche letzte aber kein Recht zu persönlichen Gewaltthätigkeiten begründen können) nicht das Gegentheil gestatten g), verboten h), und wird nach Römischem Recht (welches man gewöhnlich einem

c) arg. L. 38. de R. V. (6. 1.) L. 3. pr. de oper. publ. (50. 10.). Carpzov Decis. n. 104. Gail L. 2. Obs. 69. Pufendorf T. 4. Obs. 263. A. M. ist C. Thomasius non-ens actionis forensis contra aedificantem ex aemulatione (Diss. T. 2. n. 61.). G. Schulz de actione contra aedificantem ex aemulatione. Regim. 1712. Hufeland Geist des Röm. R. 1. Thl. S. 92.

d) Diefs gegen Müller ad Leyser Obs. 44. inwiefern er negativen Privilegien kein Zwangsrecht beylegt.

e) Webers Beytr. z. d. Kl. u. Einr. 1. S. N. 1.

f) L. 10. §. 16. quae in fraud. cred. (42. 8.).

g) L. 3. C. de pignor. (8. 14.). Pufendorf T. 2. Obs. 62. Struben 2. B. 32. Bed. 3. B. 57. Bed.

h) Claproth ord. Proc. §. 2.

Decreto D. Marci zuschreibt) dadurch zum Vortheil des Angegriffenen, sofern er es verlangt i), gestraft, daſs bey wirklich gegründeten Foderungen der Angreifende sein ganzes Recht verliert, bey ungegründeten hingegen das Abgepreſste und dessen Werth restituirt werden muſs k). Diese Strafen, denen auch der Besitzer auf fremden Namen unterworfen ist, wenn er bis zum Urtheil die Herausgabe der Sache ohne Grund verweigert *), finden auch noch jetzt Statt l).

§. 59.

B) Selbstvertheidigung.

Die Selbstvertheidigung ist dagegen einem Jeden unbedingt erlaubt m), nicht allein zur Schützung seiner Person n), sondern auch zur Schützung aller Sachen, in deren Besitz er sich wirklich befindet o), sofern nur dabey nicht mehr Gewalt angewandt wird, als zur Abwendung der eigenmächtigen Störung nöthig ist (*moderamen inculpatae tutelae*) p).

§. 60.

C) durch Klagen. Arten. In rem, in personam.

Diese Ausnahmen abgerechnet, bleibt es bey der vorhin (§. 57.) angegebenen Regel. In Rücksicht dieser ist es denn besonders wichtig, hier die vorzüglichsten Arten der Klagen q) anzugeben, unter denen zuerst die dinglichen (*actiones*

S. 4. 5. Die Geschichte dieser Lehre in C. F. Walch disquis. hist. iur. civ. de vindict. privat. Ien. 1768. (op. T. 1.).

i) G. Suevus de edicto D. Marci. Viteb. 1701. §. 23.

k) L. 7. L. 10. C. unde vi (8. 4.) L. 13. quod met. c. (4. 2.) L. 7. ad L. Iul. de vi (48. 7.) Nov. 60. c. 1. I. H. Boehmer de poena ius sibi dicent. sine iudice. Hal. 1725. c. 1. Müller ad Leyser Obs. 839.

*) L. 34. C. locat. (4. 65.) L. 10. C. unde vi (8. 4.). Grolman u. Löhr. Magaz. 4. B. 2. 3. Hft. S. 375. 376.

l) K. G. O. v. 1521. Tit. 32. §. 2. R. A. v. 1532. Tit. 2. §. 15. E. L. A. Eisenhard de poena legib. Rom. advers. vindict. privat. sancita in foro adhuc valida. Helmst. 1787. Boehmer l. c. cap. 2. Kind quaest. for. T. 3. c. 2. A. M. ist Claproth a. a. O. §. 3.

m) Hellfeld de violenta rer. nostrar. defensione (op. n. 21.).

n) L. 1. L. 4. C. de L. Corn. de sicar. (9. 16.) L. 4. L. 5. pr. L. 45. §. 4. L. 52. §. 1. ad L. Aquil. (9. 2.). S. überhaupt: Erxners Tod von K. W. S. Grattenauer. Breslau 1806. S. 48—194. E. v. Löhr die Theorie der culpa. Gieſs. 1806. §. 16.

o) S. unten §. 305. 309.

p) L. 1. C. unde vi (8. 4.). S. L. E. Püttmann de moderamine inculpatae tutelae. Lips. 1783.

q) Als Hauptwerk, worin (§. 7. 8.) auch die Literatur zu finden ist, s. J. C. Schmidt Lehrb. v. den Klag. und Einred. mit Zusätzen von A. D. Weber. 6. Ausg. Jena 1803.

in rem, vindicationes), und die persönlichen (*in personam*) genannt zu werden verdienen. Unter den ersten sind alle Klagen zu begreifen, welche ihrer Natur nach in der Regel r) von dem Berechtigten schlechthin wegen seines Rechts, d. h. ohne Rücksicht auf besondere Verpflichtungsgründe des Beklagten, gegen Jeden, welcher ihm das Recht, ganz, oder in seinen Theilen, streitig macht, auf Zuerkennung des Rechts, angestellt werden können. Persönliche hingegen sind die, welche besondere Verpflichtungsgründe dieses Beklagten voraussetzen s). Beides zugleich kann eine Klage nicht seyn; wohl aber läſst es sich denken, daſs neben einer dinglichen Klage noch eine persönliche Klage, ohne diese besonders zu benennen, angestellt wird. Dann nennt man jene eine vermischte (*mixta*) t). Im Allgemeinen heiſsen alle persönlichen Klagen auch *condictiones* u); doch werden im engsten Sinn nur die, aus einseitigen Geschäften entspringenden, auf eine Eigenthumsübertragung gehenden persönlichen Klagen darunter verstanden x). Bey den persönlichen wurde nach der Römischen Gerichtsverfassung der Beklagte in der Klagformel namentlich erwähnt, nicht aber bey den dinglichen; doch fand auch zuweilen bey persönlichen Klagen die unbestimmte Formel Statt. Dann heiſsen sie *in rem scriptae* y). Die dinglichen werden in der Regel vom Nichtbesitzer wider den Besitzer angestellt z).

r) G. E. Oelze de act. reali advers. quemcunque possessor. non competente. Jen. 1769.

s) §. 1. 13. 15. I. de act. (4. 6.) L. 25. pr. de O. et A. (44. 7.). Meine Versuche 2. B. n. 2. In vieler Rücksicht abweichend ist Feuerbach civilist. Vers. 1. B. 8. Abh. Du Roi im Archiv für civilist. Praxis. 2. B. 2. Hft. nr. 14. 3. Hft. nr. 14.

t) §. 20. I. de act. (4. 6.). Ueber die Streitfrage, ob es vermischte Klagen gebe, vergl. Emminghaus ad Cocceii ius contr. L. 10. T. 1. qu. 1. Bericht. u. Zusätze zu den Inst. des R. R. S. 121. fgg. Grolman und Löhr Magaz. 4. B. 1. Hft. nr. 2. Einen eigenen Sinn hat das Wort actio mixta in L. 37. §. 1. de O. et A. (44. 7.), welchem ganz folgt: Themis nr. XXVII. p. 368.

u) L. 25. pr. de O. et A. (44. 7.).

x) §. 15. I. de act. (4. 6.) Pandect. L. 12. Tit. 1. 4. 5. 6. 7. vergl. I. a Costa ad §. 15. l. cit. Hugo Civ. Mag. 1. B. S. 463. 464. E. Gans Röm. Obligationenrecht. Heidelb. 1819.

y) L. 9. §. 8. quod met. causs. (4. 2.) L. 1. §. 3. de interdict. (43. 1.). A. Cortreii de act. personal. in rem scriptis. Ien. 1666. S. P. Gasser de act. in rem script. et genuino earum conceptu. Hal. 1738. Heineccii antiquit. L. 4. T. 6. §. 24—30.

z) §. 2. I. de act. (4. 6.). Man streitet sehr über den, hier von Justinian erwähnten Einen Fall.

§. 61.

Dingliche, persönliche Rechte.

Ist ein Recht mit einer *actio in rem* verbunden, so heifst es ein dingliches (*ius in re, in rem*), wo nicht, ein persönliches (*ius in personam, ad rem*) a). Zu dem ersten gehören denn nicht blofs die Rechte an Sachen, welche durch unbeschränkte Klagen, sondern alle andern Rechte, welche durch *vindicationes* geschützt werden können, wie die väterliche Gewalt b), und die Zustände, von denen die natürliche und bürgerliche Rechtsfähigkeit abhängt, weil die sogenannten *actiones praeiudiciales* c), wodurch diese Zustände geschützt werden, gleichfalls dinglich sind d).

a) S. überhaupt über diese durchaus streitige Lehre, aufser den, zu §. 60. citirten Schriften: U. Huber Digress. L. 4. c. 10. G. Feltmann tr. de iure in re et ad rem. Duisb. 1666. I. Hahn de iure rerum et iuris in re speciebus, recus. c. adversar. scriptis et dissertat. apologet. Helmst. 1664. I. Born de iure reali act. reales producente. Lips. 1662. E. Glaeser D. de iure in re opposita I. Bornio. Lips. 1662. C. Thomasii D. vindiciae domin. contra servitutem. Hinter dessen philosoph. iur. in doctrin. de O. et A. H. E. Kestneri problema iuris ostendens omne ius esse reale. Lips. 1707. Majer Autonomie. Tübing. 1782. S. 22—75. I. T. Reinhardt vom Eigenthumsrecht. Leipz. 1800. Bericht. u. Zus. zu den Inst. des R. R. S. 110. fgg. Unterholzner jurist. Abhandl. S. 94. fgg. G. A. W. Du Roi specimen observatt. de iure in re. Heidelberg. 1812. Schweppe Magaz. 1. St. S. 13—38. C. W. Hofstede D. qua notiones iuris in re et iuris ad rem ad principia sua revocantur. Groening. 1805. Balhorn genannt Rosen über dominium. Lemgow 1822. S. 156—162. J. A. F. v. Speckner über Rechtsdinglichkeit. München 1823. Seuffert Erört. einz. Lehren nr. VIII. Coccei L. 8. T. 5. qu. 3. Das Beste darüber findet sich in Doujat Diss. de uno casu §. 2. I. de act. hinter Reitz editio Theophili excurs. XVIII.

b) L. 1. §. 2. de R. V. (6. 1.).

c) L. 13. I. de act. (4. 6.). I. Raevardi de praeiudiciis Libri 2. Brug. Flandror. 1565. I. Guilielmus de act. praeiudic. Ien. 1689. O. P. Zaunschliffer de insigni act. praeiud. utilitate. Marb. 1699. I. T. Gaudlitius de action. famil. praeiudic. Lips. 1767. Schmidt v. Klagen §. 218. et ibi citat.

d) Meine Vers. 2. B. S. 47. fgg. Ueber die abweichenden Ideen s. die Schriften not. a. und: D. H. Kemmerich de dominio tanquam unica specie iuris in re. Viteb. 1724. F. A. Hommel D. quinque iur. in re species, quas vulgo tradunt, nec semper tales esse, nec solas. Lips. 1736. H. Kellinghusen de legib. nonnullis Romanor. cap. 21. (in Oelrichs Thes. nov. T. 2. Vol. 2.) W. A. v. der Ramhorst de specieb. iur. in re. Lugd. B. 1784. I. F. Rappolt (praes. H. G. Scheidemantel) de numero specier. iur. in re. Stuttg. 1786. D. Nettelbladt de iure in re quae est res nullius. Hal. 1779.

§. 62.

Klagen auf Strafen.

Eine andre, in Rücksicht ihrer Folgen für alle Theile des Civilrechts äufserst wichtige Eintheilung der Klagen beruhet darauf, dafs einige derselben auf Verfolgung einer Strafe gerichtet sind, andre auf Schützung dessen, was man rechtlich zu fodern hat. Zur richtigen Einsicht dieser Eintheilung kommt es zuvörderst auf folgende Vorbegriffe an.

§. 63.

Strafe, Strafgesetz, Verbrechen.

Die Gesetze verbieten und gebieten eine Handlung entweder schlechthin, oder unter Androhung eines, die Uebertretung der Vorschrift begleitenden Uebels. Ein solches Uebel wird Strafe genannt, das Gesetz, worin ein solches Uebel angedrohet wird, Strafgesetz, und die, ein Strafgesetz übertretende Handlung Verbrechen.

§. 64.

Oeffentliche, ordentliche und aufserordentliche, Privat-Verbrechen.

Die Strafen und Verbrechen sind theils öffentliche, theils Privat-Strafen und Verbrechen. Jenes sind sie, wenn der Staat den Verbrecher zum Besten des Ganzen der Strafe unterwirft; dieses, wenn der Verletzte zu seinem Privat-Vortheil die Strafe fodern kann. Die öffentlichen Verbrechen werden von den Römern wieder in *publica* oder *ordinaria*, und *extraordinaria* eingetheilt, je nachdem nämlich die öffentliche Strafe durch ein Comitial-Gesetz bestimmt festgesetzt ist, oder nicht e). Die Lehre von den öffentlichen Strafen mufs, als Gegenstand des peinlichen Rechts, in den Pandekten übergangen werden. Die Lehre von den Privat-Strafen gehört in das Privat-Recht. Nur einige, überall eingreifende allgemeine Bemerkungen mögen hier ihren Platz finden!

§. 65.

Criminal- und Privat-Klagen. Rei persecutoriae, poenales, mixtae.

Ein Verbrechen kann zugleich mit einer öffentlichen und einer Privat-Strafe belegt seyn f), während der Verbrecher zugleich wegen des, durch ihn verursachten Schadens

e) L. 1. de publ. iudic. (48. 1.) L. 3. §. 2. de praevaricat. (47. 15.) L. 3. de extraord. crim. (47. 11.). G. L. Boehmer de abigeatu et furto equor. §. 1—7. (Elect. T. 3. n. 21.).

f) L. 92. de furtis (47. 2.).

auf Vergütung belangt werden kann. Die Verpflichtung, Jemandem das Seinige zu leisten, kann aber auch aus andern Gründen, als einem Verbrechen, entstehen. Alle Klagen sind demnach entweder öffentliche, oder Criminal-Klagen *(accusationes)*, wenn sie auf eine öffentliche Strafe gerichtet sind, und daher von Jedem aus dem Volk angestellt werden können g), oder Privat-Klagen. Die letzten sind entweder a) *actiones rei persecutoriae*, wenn man bloſs das Seinige dadurch verfolgt, die Verpflichtung des Beklagten mag nun aus einem Verbrechen entstanden seyn h), oder nicht; oder b) *poenales*, wenn von dem Beklagten eine reine Strafe gefodert wird i); oder endlich c) *mixtae*, wenn der Zweck derselben Klage Theils auf eine Strafe, Theils auf Entschädigung gerichtet ist k). Unterschieden von den Privat- und Criminal-Klagen sind noch wieder die *actiones populares*, welche Jeder aus dem Volk, aber nicht auf eine öffentliche Strafe, anstellen kann, also entweder auf eine, ihm, dem Kläger, zuzuerkennende Strafe, oder bloſs auf Restitution *).

§. 66.

Arten und Anwendbarkeit der Privat-Strafen.

Die Privat-Strafen der Römer sind sehr verschieden. Bald erhält der Verletzte das Recht, ein *arbitraires Quantum* zu fodern l), bald kann er eine bestimmte Summe verlangen, und zwar entweder eine einfache Summe m), oder das Doppelte n), Dreyfache o) und Vierfache p). Auſserdem gibt es manche, in der Folge gelegentlich zu erwähnende andere Strafen,

g) L. 30. §. 3. de iureiur. (12. 2.). I. Finestres in Hermogeniano L. 2. ad L. 32. de obl. et act. I. A. Frommann action. crim. et civil. differentiae principes. Diss. 1. 2. Tüb. 1682.

h) z. B. Tit. P. de condict. furtiv. (13. 1.).

i) z. B. L. 5. §. 6. de his qui effuder. (9. 3.).

k) §. 18. I. de act. (4. 6.).

*) Tit. Pand. de popular. act. (47. 23.) vergl. mit L. 7. pr. de iurisdict. (2. 1.) L. 1. pr. L. 5. §. 13. de deiectis (9. 3.) L. 25. §. 2. ad SCt. Sillan. (29. 5.) L. 1. de locis (43. 7.) L. 2. §. 34. ne quid in loc. publ. (43. 8.) L. 1. pr. L. 3. §. 9. de libero hom. (43. 29.).

l) L. 1. §. 1. L. ult. quod quisque iuris in alterum (2. 2.) L. 5. §. 1. ne quis eum, qui in ius vocat. (2. 7.).

m) L. 7. de iurisdict. (2. 1.).

n) §. 5. I. de obl. quae ex delict. (4. 1.).

o) §. 24. I. de act. (4. 6.) Nov. 124. c. 2.

p) §. 5. I. de obl. quae ex delict. (4. 1.).

z. B. daſs Jemandem seine Klage q), oder der Besitz einer Sache genommen wird r), oder daſs er zur Strafe seine Einreden verliert s). Nach der, freilich durch keine zureichenden Gründe unterstützten, und daher noch immer angefochtenen Meynung der Mehrsten fallen die, auf eine reine Privat-Strafe gerichteten Klagen jetzt weg t). Daſs die übrigen Privat-Strafen der Römer gleichfalls nicht mehr stattfinden, hat auch nicht einmal die gemeine Meynung, sondern höchstens die willkührlichen Ideen Einzelner für sich u); und selbst die, auf eine reine Privat-Strafe gerichteten Klagen werden von denen, welche sie jetzt überhaupt als Antiquität ansehen, wenigstens ausnahmsweise in den Fällen zugelassen, da bey dem Abgange öffentlicher Strafen die Beybehaltung des Römischen Rechts zur Verhinderung eines Verbrechens nothwendig ist x).

§. 67.

Concurrenz der Klagen,

Der Unterschied jener vorhin genannten Arten der Klagen ist sehr wichtig, Theils in Rücksicht der Lehre von der Concurrenz der Klagen, Theils in Betreff der Frage: welche Klagen auf, und gegen die Erben gehen. Die Lehre von der Concurrenz der Klagen y) beruhet hauptsächlich auf folgenden Grundsätzen: I) wenn eine subjective Concurrenz vorhanden ist, d. h. wenn mehrere Kläger oder Beklagte eine Vielheit der Klagen erzeugen, so können alle verschiedenen Klagen vereint und nach einander angestellt

q) L. 7. C. unde vi (8. 4.).

r) L. ult. de R. V. (6. 1.) Nov. 18. c. 10.

s) Auth. Contra C. de non num. pecun. (4. 30.).

t) Höpfners Comment. §. 1127. Glücks Comment. 3. T. §. 274. 275., vergl. mit Malblanc princ. iur. Rom. §. 358. C. G. A. Gruner de poenis Romanorum privatis earumque usu hodierno. Lips. 1805.

u) S. Malblanc doctr. de iureiur. §. 73. und dawider Cocceii I. C. L. 18. T. 4. qu. 27. Danz ord. Proc. §. 335. a. E. Wehrn v. gerichtl. Einwend. §. 60.

x) S. z. B. Glück a. a. O. 5. Thl. §. 430.

y) Averan interpr. L. 3. c. 14. 15. I. Finestres et de Monsalvo D. de concurr. action. ad L. 32. de O. et A. in Hermogen. T. 1. p. 601. fgg. H. a Vianen de concurs. act. Trai. ad Rh. 1736. (Oelrichs Th. nov. V. 1. Th. 1. n. 4.). A. L. C. Schmidt de concurs. act. Ien. 1753. A. Frommann de electione actionis utilioris. Tub. 1687. I. V. Bechmann de pluribus concurrentibus actionibus. Ien. 1670. u. 1739. F. Alef de electivo quem vocant actionum concursu. Heidelb. 1757. Schmidt Lehrb. v. d. Kl. §. 16. 60. 106. Meine civilist. Abh. S. 146—204.

werden z), wenn nicht von den mehreren Beklagten der eine nur insofern verantwortlich ist, als der andre keine Befriedigung geleistet hat. II) Ist die Concurrenz objectiv, d. h. gehen die mehreren Klagen Einer Person gegen Einen Beklagten, so sind folgende Fälle zu unterscheiden. 1) Die Objecte der Klagen sind in der Hauptsache verschieden. Hier sind nun drey Fälle möglich: A) der Kläger siegt. Dann bleiben ihm noch die andern Klagen übrig, falls nicht die eine Klage durch ihren Grund den Grund der andern zerstört a). Deſswegen sind alle, auf verschiedenen Gründen beruhenden *actiones rei persecutoriae* nach einander zulässig, und eben so, unter Vorbehalt der Abrechnung des Gleichen, mehrere *actiones poenales* b), so wie *actiones rei persecutoriae* und *criminales* c), oder Privat-Pönalklagen d). Sind aber die Klagen von den Gesetzen nur alternativ gestattet, so wird durch die eine die andre verloren, wohin Klagen auf eine öffentliche und Privat-Strafe gehören e). B) Dem Kläger wird seine Klage aberkannt. Dann bleibt ihm die andre Klage nur insofern frey, als diese auf einem andern Grunde beruht f). C) Er begibt sich der erhobenen Klage. Dann darf er diese Klage freilich nicht weiter anstellen, aber alle andern bleiben ihm offen g). 2) Die Objecte der Klagen sind in der Hauptsache identisch. Hier unterscheide man: A) Der Kläger siegt. Dann fallen die andern Klagen weg h), ausgenommen wenn noch ein, nicht durch das Gewinnen der andern Klage an sich unmöglich gewordenes i) Mehrere durch die andre Klage

z) §. 2. I. de iniur. (4. 4.).

a) L. 8. §. 10. L. 12. §. 1. L. 32. §. 1. de inoffic. test. (5. 2.) L. 7. de leg. comm. (18. 3.) L. 4. C. de pact. int. emt. (4. 54.).

b) L. 2. §. 1. L. 37. pr. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 15. §. 46. de iniur. (47. 10.) L. 130. de R. I. (50. 17.). Glück Comment. §. 284. a. not. 17. 27.

c) L. 4. §. 4. fin. reg. (10. 1.) L. 3. §. 6. de tab. exhib. (43. 5.) L. un. C. quando civil. actio (9. 31.).

d) §. ult. I. de obl. quae ex del. (4. 1.) §. 15. I. de act. (4. 6.) L. 7. §. 1. de cond. furt. (13. 1.).

e) §. 10. I. de iniur. (4. 4.) L. 6. D. eod. (47. 10.) L. 56. §. 1. de furt. (47. 2.).

f) L. 6. §. 4. nautae (4. 9.) L. 93. §. 1. de leg. 3. (32.) L. 28. §. ult. de liberat. legat. (34. 3.) L. 11. §. 4. L. 14. §. 2. de except. rei iud. (44. 2.).

g) L. 8. §. 14. de inoffic. test. (5. 2.).

h) L. 9. §. 1. de furt. (47. 2.) L. 31. §. 16. de aedil. edict. (21. 1.).

i) Dieſs ist der Fall bey den erst durch Leugnen wachsenden Klagen. L. 9. §. 6. quod met. (4. 2.) L. 14. §. 13. eod. Cuiac. Obs. L. 8. c. 33.

verfolgt werden kann k). B) Er gibt die Klage auf, oder sie wird ihm aberkannt. Dann sind die übrigen Klagen zulässig, wenn sie auf einem andern, unzulässig, wenn sie auf demselben Grunde beruhen l).

§. 68.

Uebergang auf und wider die Erben.

In Betreff der Frage, welche Klagen von den Erben angestellt werden können (*translatio activa*), und welche Klagen gegen die Erben gehen (*translatio passiva*) m)? ist es Grundsatz, daſs beide Arten der Translation in der Regel stattfinden, und in den ausgenommenen Fällen wenigstens dann, wenn bey dem Leben des Klägers oder Beklagten die Einlassung erfolgt, und die Verfolgung von den Erben, oder gegen die Erben nicht an sich unmöglich, oder besonders verboten ist n), welches Letzte nachher durch den Ausdruck: absolut, angedeutet werden soll. In Ansehung jener Ausnahmen von der Regel unterscheide man: I) die active Translation findet nicht Statt: 1) nach erloschenem Object des Hauptrechtes, und zwar absolut o). 2) Bey allen Criminalklagen, gleichfalls absolut p). 3) Bey Popularklagen q). 4) Bey einigen Privat-Pönalklagen r), und den sogenannten *actionibus meram vindictam spirantibus*, d. h. denen, wo ohne eigentliche Vermögensverletzung doch auf eine Ahndung geklagt werden kann s). II) Die passive Translation fällt weg: 1) Wenn die Klaggründe in dem Erben aufhören, und zwar absolut; wobey aber freilich das, was als persönliche Schuld

k) L. 34. pr. L. 41. §. 1. de O. et A. (44. 7.) L. 7. §. 1. commod. (13. 6.) L. 2. §. 3. de priv. del. (47. 1.) L. 1. L. 11. arbor. furt. caesar. (47. 7.). Vianen l. c. c. 2. §. 4—11. Glück Comment. §. 284. d. not. 74.

l) L. 9. §. 1. de furt. (47. 2.) L. 48. §. 7. de aedil. edict. (21. 1.) L. 84. §. 13. de leg. 1. (30.) L. 76. §. 8. de legat. 2. (31.) L. 18. de O. et A. (44. 7.).

m) Lyclama benedictor. Libri IV. Lugd. Bat. 1617. W. A. Lauterbach de transitione act. Tub. 1653. (Diss. Vol. 3.).

n) L. 26. L. 58. de O. et A. (44. 7.) L. 139. 164. de R. I. (50. 17.) L. 6. §. ult. L. 7. de inoff. test. (5. 2.).

o) S. §. 201. 990. Lauterbach l. c.

p) L. 3. §. 4. de accus. (48. 2.) L. 10. pr. ad SCt. Turpill. (48. 16.) L. ult. C. si reus (9. 6.).

q) L. 5. §. 5. de his qui effud. (9. 3.) L. 10. de sepulcro viol. (47. 12.) L. 3. §. 1. de popul. act. (47. 23.) L. 12. pr. de V. S. (50. 16.)

r) §. 1. I. de perp. act. (4. 12.) vergl. mit L. 4. de calumn. (3. 6.) L. 9. de religios. (11. 7.).

s) Theophilus L. 4. T. 17. §. 1. L. penult. de in ius voc. (2. 4.) L. 13. pr. de iniur. (47. 10.) L. 7. C. de revoc. don. (8. 56.). Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. S. 363—366.

geerbt ist, wirksam bleibt t). 2) Bey Criminalklagen, absolut u). 3) Bey Popularklagen x). 4) Bey reinen Privat-Pönalklagen, und denen, welche auf bloſse Rache gehen y). 5) Bey reipersecutorischen Klagen aus unerlaubten Handlungen, insofern nämlich, daſs, wenn nicht eines bloſsen Versehens wegen eine Contractsklage angestellt werden kann z), die Erben nach Römischem Recht nicht weiter, als sie das Verbrechen bereicherte *), nach Kanonischem Recht aber nur bis auf den Bestand der Erbmasse, aber auch stets so weit **), belangt werden können. Bey *actionibus mixtis* sind natürlich die Grundsätze der Pönal- und reipersecutorischen Klagen beziehungsweise anzuwenden, so weit nicht aus den Gesetzen eine singulaire Ausnahme a) nachgewiesen werden kann.

§. 69.

Act. b. fidei, strict. juris, arbitrariae.

Bey allen Klagen kann in der Regel das gefodert werden, was die Billigkeit und Natur der Sache mit sich bringt. Nur die Klagen, welche aus einem, mit feierlichen Worten errich-

t) L. 42. 52. 55. de R. V. (6. 1.) L. 26. de O. et A. (44. 7.) L. 2. C. si unus et plur. her. (8. 32.). Lauterbach Th. 8. 20.

u) L. 20. de poen. (48. 19.). H. de Cocceii de cess. eor. quae ad her. non trans. c. 4. §. 21.

x) L. ult. de pop. act. (47. 23.). Lauterbach Th. 26. Voet L. 43. T. 13.

y) §. 1. I. de perp. act. (4. 12.) L. 24. de in ius voc. (2. 4.) L. 10. §. 2. si quis caut. (2. 11.) L. 13. pr. de iniur. (47. 10.) L. 7. C. de revoc. don. (8. 56.).

z) L. 35. 36. pro soc. (17. 2.).

*) L. 16. §. 2. quod m. c. (4. 2.) L. 13. pr. L. 17. de dolo (4. 3.) L. 52. de R. V. (6. 1.) L. 9. §. 8. L. 10. de reb. auct. iud. (42. 5.) L. 3. pr. de vi (43. 16.) L. 44. de R. I. (50. 17.). Ueber die verschiedenen Ideen s. Cuiac. Obs. L. 7. c. 37. Lyclama membr. L. 1. c. 39. Duirsema coniectur. L. 1. c. 7. 8. Costa ad Tit. C. ex delict. defunctor. (Meermann Thes. T. 1.). G. H. Ayrer de act. ex del. rei persecutoriis adversus heredes delinquentis in solidum compet. Goett. 1752. Ueber den besondern Fall, da eine Contractsklage ob dolum angestellt wird, vergl. L. 8. §. 1. de fideiussor. et nominator. (27. 7.) §. 1. I. de perp. act. (4. 12.) mit L. 12. 49. de O. et A. (44. 7.) L. 121. §. ult. de V. O. (45. 1.) L. 152. §. ult. L. 157. §. 2. de R. I. (50. 17.). Costa ad Inst. L. 4. T. 12. §. 1. Abweichend sind: Cuiac. Obs. L. 21. c. 2. Faber coni. L. 1. c. 12. Perennonius anim. L. 2. c. 7. (Otto Thes. T. 1.). Lauterbach Th. 24.

**) Causs. 16. qu. 6. cap. 3. cap. 14. X. de sepult. (3. 28.) cap. 5. X. de raptor. (5. 17.) cap. 9. X. de usur. (5. 19.) cap. 28. X. de sentent. ex commun. (5. 39.). A. M. ist v. Löhr Theorie der Culpa. §. 113.

a) L. 2. §. ult. de vi bon. rapt. (47. 8.). Lauterbach Th. 23. 24.

teten Geschäft entspringen, können auf nichts weiter gerichtet werden, als was nach dem Wortverstande in der Formel liegt. Daher die, jetzt unpraktische Eintheilung in *bonae fidei* und *stricti iuris actiones* b). Mit den ersten sind die *actiones arbitrariae* nicht zu vermengen. Man versteht darunter gewöhnlich die, wobey in der Hauptsache alles vom richterlichen Ermessen abhängt, oder die, wobey der Richter die Verurtheilung im Fall des Ungehorsams erhöhen kann c).

§. 70.

Verschiedenheit nach der Benennung.

Alle Klagen, welche man durch positive Gesetze begründen kann, heifsen genannte (*vulgares, nominatae*), und insofern sie namentlich in den Gesetzen gestattet sind, directe d), sofern sie hingegen der Billigkeit wegen wider den Inhalt der eigentlichen Gesetze, oder durch eine ausdehnende Erklärung der Gesetze eingeführt werden, *actiones utiles* e). Die directen Klagen sind entweder mit einem individuellen Namen in den Gesetzen bezeichnet, oder nicht. Im letzten Fall nennt man die persönlichen Klagen, zur Kürze der Terminologie, blofs durch Anführung des Gesetzes, worin sie gestattet sind (*condictio ex lege, canone, statuto, moribus*) f), oder mit den Anfangsworten des Gesetzes. Ist hingegen eine Klage nicht in eigentlichen Gesetzen gegründet, sondern beruht sie

b) §. 28. I. de act. (4. 6.). I. H. Boehmer de act. Sect. 1. c. 3. §. 19. fgg. Höpfner Comment. §. 1128—1135. Eine ganz andre Ansicht ist vertheidigt von E. Gans Römisches Obligationenrecht. Heidlb. 1819. Mühlenbruch Heidelberg. Jahrb. 1821. nr. 5. 6. H. C. Stever de summario Romanorum iudicio seu stricti iuris et bonae fidei actionibus. Lips. 1822. J. Rubo Erkl. der L. 2. 3. 4. 85. de V. O. Berlin 1822.

c) L. 3. de eo quod certo loco (13. 4.) §. 31. I. de act. (4. 6.) et Theophilus paraphr. ibid. I. M. Magni ration. et different. iur. civ. lib. 1. de act. arbitrariis. Anjou. 1602. Orl. 1605. (Meermann Th. T. 3.). G. de Gast de act. arbitraria. Orl. 1576. (Meermann Th. T. 6.). A. Faber err. pragm. P. 4. Dec. 89. er. 4—10.

d) L. 1. 2. de praescr. verb. (19. 5.) L. 37. de O. et A. (44. 7.).

e) L. 11. de praescr. verb. (19. 5.) §. 4. I. de act. (4. 6.) §. ult. I. de leg. aquil. (4. 3.) L. 16. pr. de pact. (1. 14.). Schulting Th. contr. D. 66. Th. 1. F. G. Zoller de act. utilib. Lips. 1743. Heineccii hist. iur. L. 1. §. 50.

f) Tit. de condict. ex lege (13. 2.). A. B. Carpzov de condict. ex morib. Lips. 1685. Schmidt v. d. Kl. u. Einr. §. 1338. 1339. Westenberg de causs. oblig. Diss. 4. S. auch Gans a. a. O. S. 160—165.

im Wesentlichen nur auf der Billigkeit, so wird sie *actio in factum*, *utilis*, oder *praescriptis verbis* genannt g), oder jetzt auch wohl *imploratio officii iudicis* h). Zuweilen wird dem Namen einer Hauptklage noch ein Beysatz zugefügt, entweder um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen (z. B. *actio ex stipulatu certi*, *incerti*, *triticiaria*), oder um für diesen Fall ihren Grund vollständig und bestimmt anzugeben (z. B. *actio emti quod iussu*). Solche Klagen pflegt man jetzt gewöhnlich *actiones adjectitiae qualitatis* zu nennen i).

§. 71.

D) Durch Einreden. Eintheilungen.

Sucht sich der Beklagte gegen die Klage zu vertheidigen, so wird diefs im allgemeinen Verstande eine **Einrede** (*exceptio, praescriptio*) genannt k). Diese Vertheidigung kann zwiefach seyn, nämlich entweder eine **einstweilige** Schützung gegen die Klage bezwecken, oder eine **gänzliche** Befreyung. In jenem Fall heifst sie **verzögerliche Einrede** (*dilatoria*). Im letzten Fall hingegen leugnet der Beklagte entweder den Grund der Klage, oder er setzt demselben etwas entgegen, was ihn zerstört. Das Erste nennt man **verneinende Einlassung** (*litis contestatio negativa*), das Letzte im eigentlichen Sinn eine **zerstörliche Einrede** (*exceptio peremtoria*) l). Sogenannte **vermischte Einreden**, d. h. welche aus verzögerlichen und zerstörlichen zusammengesetzt sind,

g) L. 1. 2. 3. de praescr. verb. (19. 5.). Hortensius Comm. in Tit. D. de praescr. verb. Lugd. 1587. 4. Meister de in factum action. (op. n. 7.) Hommel Rhaps. Obs. 537. Gans a. a. O. S. 137—152.

h) F. A. Kuenhold de remed. implor. offic. iudic. action. forens. vicario. Lips. 1720.

i) Die Veranlassung der Eintheilung gab L. 5. §. 1. de exerc. act. (14. 1.). Vergl. I. H. Berger fontes adiectitiarum qualitatum. Vit. 1682. L. E. Hertius de action. adject. qualit. Giess. 1699. Cocceii I. C. L. 12. T. 6. qu. 3. L. 13. T. 3. qu. 1. Pufendorf T. 2. Obs. 41. Bericht. und Zusätze zu den Inst. des Röm. Rechts. S. 84—88. Glück Comm. 14. B. §. 876.

k) L. 2. pr. L. 11. L. 23. de except. (44. 1.). Ueber die älteren Hauptschriften: Schmidt v. d. Klagen §. 5. 6. S. auch C. W. Wehrn theor. pract. Grundr. d. Lehre v. d. gerichtl. Einwendungen. Leipz. 1790.

l) Wenigstens nach der Sprache unsrer Praktiker. Der Römische gewöhnliche Begriff geht nur auf Entkräftung aus Billigkeitsgründen. L. 3. de except. (44. 1.) §. 9. 10. 11. I. eod. (4. 13.), verglichen mit L. 16. de public. (6. 2.) L. 24. de exc. rei iudic. (44. 2.).

gibt es nicht. Was man so nennt m), das sind verzögerliche, welche, wenn ihnen der Kläger folgt, eine zerstörliche Einrede erzeugen können.

§. 72.

Fortsetzung; In Rücksicht des Umfangs sind die Einreden Theils dingliche *(in rem)*, Theils persönliche *(in personam)*; das Letzte nämlich, wenn sie bloſs von dem, welchem sie ertheilt sind, oder nur gegen obligirte Personen vorgeschützt werden können; das Erste, wenn sie allen accessorisch bey einem Hauptrechte interessirten Personen, und jedem Erwerber desselben zu statten kommen, oder gegen Jeden gelten, in welchem letzten Fall sie auch *populares* oder *vulgares* heiſsen *). Für die persönlichen streitet nicht die Vermuthung n). Uebrigens können die Einreden eben so, wie die Klagen, genannte *(certae, nominatae)* seyn, oder nicht *(incertae, in factum, utiles)* o).

§. 73.

also auch durch Replik, Duplik u. s. w. Eben so wie der Beklagte auf die Klage sich erklärt, kann der Kläger auf die eigentlichen Einreden des Beklagten antworten, und zwar entweder durch das Verneinen derselben, oder dilatorische und peremtorische Einreden. Diese Einreden gegen Einreden heiſsen Replik. Gegen die Replik lassen sich wieder Einlassung und Einreden denken, welche letzten Duplik heiſsen. Was die Duplik im Verhältniſs zur Replik ist, ist die Triplik im Verhältniſs zur Duplik, die Quadruplik im Verhältniſs zur Triplik u. s. w. p).

§. 74.

3) Recht der Nichtausübung, und Entsagung. Eine fernere Folge aus dem Begriff eines Rechts ist 3) der Grundsatz, daſs Niemand verpflichtet ist, von seinem Recht Gebrauch

m) Danz §. 158. Wehrn v. gerichtl. Einr. §. 9.

*) Fragm. Vatican. §. 266. L. 2. de popular. act. (47. 23.) Schroeter obs. iur. civ. Ien. 1826. p. 87—102.

n) L. 7. D. de except. (44. 1.) §. ult. I. de replic. (4. 14.) L. 2. §. 2. L. 4. §. 33. de dol. mal. et met. except. (44. 4.).

o) §. 1. I. de except. (4. 13.) L. 23. de except. (44. 1.).

p) Tit. I. de replicat. (4. 14.).

zu machen q), wenn dazu nicht besondere Gründe eintreten. Jeder, welcher die freye Disposition über sein Vermögen hat, kann daher seinen Rechten entsagen r), sofern ihnen nicht Verbindlichkeiten anhängen s), und ihm der Inhalt der Entsagung deutlich ist t). Nur der, einem ganzen Stande verliehenen Privilegien kann sich der Einzelne nach Kanonischem Recht u) nicht begeben. Alle Renunciationen sind übrigens streng (§. 39.) zu erklären (§. 46.), auch müssen sie so bestimmt seyn, dafs man deutlich sieht, welchen besondern Rechten zu entsagen, die Absicht war x); doch ist dadurch, wenn der Wille klar ist, die stillschweigende Entsagung nicht ausgeschlossen y). War aber die Entsagung gültig, so schliefst sie den Entsagenden im Zweifel auf immer von dem aufgegebenen Rechte aus z).

§. 75.

Insbesondere von Cessionen.

Die Uebertragung eines Rechts auf einen Andern ist eine Art der Begebung desselben, und auch in der Regel erlaubt; doch erfodert die Entwickelung der Natur derselben manche Erörterungen. Die Regel ist hier: alle Rechte, welche man unabhängig von den positiven Handlungen eines Verpflichteten ausüben kann, dürfen nach der Strenge des Rechts, wo keine besondere Ausnahmen eintreten a), an einen Andern abgetreten werden b), und selbst wenn die Abtretung des Rechts

q) L. un. C. ut nemo invitus agere (3. 7.).

r) L. 29. C. de pact. (2. 3.). H. Brokes Obs. n. 4. G. A. Ritter de indole et requisit. validae renunc. Lips. 1740.

s) S. unten §. 77.

t) L. 19. de inoff. test. (5. 2.) L. 8. de hered. pet. (5. 3.).

u) Cap. 12. X. de foro compet. (2. 2.) freilich absurd! Boehmer I. E. P. L. 2. T. 2. §. 42.

x) L. 4. §. 4. si quis caut. in iudic. (2. 11.). Carpzov p. 2. c. 57. Def. 5. Mevius P. 9. Dec. 186. Pufendorf T. 2. Obs. 43. A. M. ist K. G. Neundorf Erörterungen. Tübing. 1807. n. 2.

y) F. A. Reichhelm de renunciat. iuris tacita. Lips. 1705. G. L. Menken de factor. indole in tac. renunc. (op. n. 16.). D. C. Eckhard de renunc. inprimis tacita iuris quaesiti. Lips. 1756.

z) L. 14. §. 9. de aedilit. edict. (21. 1.) L. 4. C. de pact. (2. 3.) L. 11. C. de R. C. (4. 1.). L. E. Lauterbach de iis qui renunciant nec tamen iure suo se privant. Marb. 1726.

a) Tit. I. quib. alienar. lic. vel non (2. 8.).

b) S. F. Willenberg de domino alienare prohibito (in dessen Disc. iur. n. 22.). A. L. Hombergk zu Vach de convalesc. vitiosae alienat. Marb. 1745. L. P. Behlen de tacita invalidae alienat. rerum convalidatione. Mogunt. 1757.

aus besondern Gründen verboten ist, darf man wenigstens die Vortheile desselben einem Andern überlassen c). Hat man persönliche, oder überhaupt solche Rechte, welche durch eine Klage zu verfolgen sind: so darf man dieselben gleichfalls einem Andern abtreten d); doch mufs zu der Abtretung des Rechts noch eine besondere Bevollmächtigung zur Anstellung der Klage Namens des Abtretenden hinzukommen. Diese heifst Cession e). Man nennt bey diesem Geschäft den alten Gläubiger: *cedens*, den neuen: *cessionarius*, oder *procurator in rem suam* f), und den Schuldner: *debitor cessus*. Nach dem neueren Recht bedarf es indefs dieser Cession nicht, sondern der Erwerber des Rechts hat stets eine, in ihren Wirkungen einer cedirten Klage ganz gleichstehende *actio utilis* in eignem Namen g), sofern er sich gehörig legitimirt, wozu aber der blofse Besitz des Schuldscheins nicht hinreicht h), auch von Vielen die, auf jeden Vorzeiger gerichtete Clausel nicht hinreichend gehalten wird i). Uebrigens wird jetzt gewöhnlich jede Abtretung eines Rechts Cession genannt.

§. 76.

Freywilligkeit derselben.

Die Abtretung eines Rechts mufs freywillig geschehen, also auch die Cession k); doch kann sie in zwey Fällen verlangt werden, nämlich erst-

c) L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

d) L. 17. L. ult. de her. vel act. vend. (18. 4.).

e) L. 3. §. 5. de in rem verso (15. 3.) L. 24. pr. de minor. (4. 4.) L. 2. in fin. fam. hercisc. (10. 2.) L. 8. in fin. mandat. (17. 1.) L. 76. de solut. (46. 3.) L. 1. C. de novat. (8. 42.). Donell comm. L. 15. c. 43. Vergl. überh. C. Lenz de cessione actionum. Lauterbach D. de act. vendit. I. a Sande de act. cessione. Leovard. 1657. I. Brunnemann de definit. et materia cess. iur. Frkf. 1635. I. D. Gruber de action. mandat. Hal. 1723. F. G. Ankelmann de cessione nom. Goett. 1791. I. H. C. Lueders de iuribus ex cessione tam valida quam invalida. Rost. 1780. Besonders: C. F. Mühlenbruch die Lehre von der Cession der Forderungsrechte. Greifswald. 1817. 2. Aufl. Das. 1826.

f) S. vorhin die Gesetze in not. e und L. 15. §. ult. de iureiur. (12. 2.) L. 4. pr. de re iudic. (42. 1.) L. 4. C. de procur. (2. 13.). Gundlingiana P. 2. n. 2. W. A. Lauterbach de procur. in rem suam. Tub. 1651. Einen Unterschied macht Boehmer ius D. L. 18. T. 4. §. 13.

g) L. 7. 8. C. h. t. (4. 39.). Mühlenbruch S. 169—220.

h) Leyser Sp. 201. Mevius P. 8. D. 236. Wernher P. 5. Obs. 247.

i) Wernher lect. c. L. 18. T. 4. §. 17. Hofacker T. 3. §. 1956. Mühlenbruch S. 448—450.

k) I. C. Heimburg de credi-

lich, wenn man durch Abtretung des Rechts sich dazu verbindlich gemacht hat, es sey nun durch einen Contract oder Quasi-Contract *), ausdrücklich, oder stillschweigend **); und zweytens, wenn Jemand für einen Andern zahlt, oder zahlen mufste l). Im letzten Fall werden auch oft *actiones utiles* gegeben ***).

§. 77.

Was ist cessibel?

Auch der, welcher über sein Vermögen überhaupt frey verfügen kann, darf in manchen Fällen ein Recht, wegen der besondern Natur desselben, nicht abtreten. Ueber die Frage: welche Rechte dahin gehören? lassen sich für die Fälle, da nicht ausdrücklich oder stillschweigend eine Bestimmung getroffen ist, nur zwey Regeln geben, nämlich dafs alle mit Verbindlichkeiten vermischten Rechte m) und alle Privilegien, welche nicht auf die Erben übergehen n), im Zweifel nicht cedirt werden dürfen. Die gemeine Regel: cessibel ist, was vererbt, nicht cessibel, was nicht vererbt werden kann o), ist falsch p). In Streit befangene Klagen (*litigiosae*) können nicht nach den Gesetzen q), wohl aber nach willkührlichen Ansichten vieler Praktiker cedirt werden r), und insofern läfst sich denn auch jetzt s)

tore ad iura tert. cedenda haud oblig. Ien. 1745.

*) L. 44. §. 6. L. 75. §. 3. L. 76. L. 82. §. 5. de leg. 1. (30.).

**) L. 45. §. 2. mand. (17. 1.) L. 21. de hered. vel act. (18. 4.) L. 13. §. 12. de act. emt. (19. 1.) L. 38. de evict. (21. 2.). Ueberhaupt: Mühlenbruch §. 14—37.

l) L. 21. 63. de R. V. (6. 1.) L. 25. locati (19. 2.) L. 17. L. 41. §. 1. de fideiussor. (46. 1.) L. 76. de solut. (46. 3.). Schacher de quibusd. cession. necessar. Lipsiae 1642.

***) Mühlenbruch §. 44. 45.

m) 2. F. 34. 39. 45. 52. 55. L. 1. C. de novat. (8. 42.). S. Stryk de iure non cessibili. Hal. 1715. cap. 4. §. 1. 2.

n) L. 6. de rest. in int. (4. 1.). Vergl. mit L. 24. pr. de minor. (4. 4.) L. 42. de admin. tut. (26. 7.) L. 68. de R. I. (50. 17.). Carpzov P. 1. C. 28. Def. 95. n. 6. Lauterbach coll. L. 18. T. 4. §. 58. A. M. ist I. G. F. Wasmuth de privil. natura. Goett. 1787. c. 1. §. 14. 15. Mühlenbruch S. 284—286.

o) Brunnemann l. c. cap. 4. n. 20. fgg.

p) H. de Cocceii de cess. eor. quae ad hered. non trans. et contra (Exerc. Vol. 2. T. 2. n. 65.) cap. 2. Wiese l. c. §. 8—15. Mühlenbruch S. 220—224. 256—308.

q) L. 1. de litig. (44. 6.) L. 2. L. ult. C. eod. (8. 37.) Nov. 112. Franzke resol. L. 1. qu. 11.

r) Berger Oec. Iur. L. 3. T. 5. §. 5. not. 22. vergl. mit Mühlenbruch §. 31. Archiv für civil. Prax. 9. B. 3. Hft. nr. 24.

s) Nicht nach L. 28. de iniur. (47. 10.) L. 12. de V. S. (50. 16.).

die Cession einer Criminalklage unter Privat-Personen, einer Popular- und Injurien-Klage denken t).

§. 78.

Verhältniſs der Parteyen.

Die Cession kann ohne und wider Willen des Schuldners geschehen u); doch wird der Letzte durch die Cession nicht von dem alten Gläubiger frey. Dieser hat vielmehr, so lange der neue Gläubiger nicht klagbar geworden oder bezahlt ist, noch immer das Recht, den Schuldner zu belangen x), obgleich er von dem neuen Gläubiger zur Herausgabe des Empfangenen angehalten werden, und jener bey der Concurrenz mit diesem den Vorzug verlangen kann y). Jetzt ist es indeſs angenommen, daſs der Schuldner dem Cedenten von dem Augenblick an nicht weiter als seinen Gläubiger betrachten darf, da ihm durch eine förmliche Anzeige die Cession kund gethan ist z).

§. 79.

Wirkung der Cession.

Die Cession überträgt das ganze Klagrecht *) des Cedenten mit seinen Anhängen auf den Cessionar a), nur nicht dessen persönliche Privilegien b). Der Fiscus ist hiervon nicht ausgenommen c), indem auch auf seinen Cessionar seine accessorischen Vor-

Viele schlieſsen davon auf alle actiones vindictam spirantes. Mühlenbruch S. 296—308.

t) H. de Cocceii l. c. §. 21. 24. fgg. S. Cocceii ius contr. L. 18. Tit. 4. qu. 14.

u) L. 3. C. h. t. (4. 39.).

x) L. 3. C. mandat. (4. 35.) L. 3. C. de novat. (8. 42.).

y) L. 23. §. 1. h. t. (18. 4.) L. 55. de procurat. (3. 3.).

z) Vermöge L. ult. de transact. (2. 15.) L. 3. C. de novat. (8. 42.). Cramer opusc. T. 4. n. 13. C. H. Breuning an cessus postquam scivit factam cessionem, cedenti solvere possit. Lips. 1772. Sande l. c. cap. 12. n. 17. Wernher lect. c. L. 18. T. 4. §. 15. Berger Oec. I. L. 3. T. 5. §. 5. not. 4. Klein merkw. Rechtsf. 1. B. n. 18. Weber zu Höpfner §. 992. not. 4. Mühlenbruch S. 85—72. 480—482.

*) Also ohne Tradition nicht Besitz und Eigenthum. Gesterding Nachforschungen. 1. B. S. 311—316.

a) L. 2. 6. 23. D. h. t. (18. 4.) L. 6. 7. C. de O. et A. (4. 10.) L. 8. C. de hered. vel act. (4. 39.). Mühlenbruch §. 54—57. Klüpfel über einzelne Theile des bürgerl. R. S. 240—261. Gesterding Nachforschungen 1. B. S. 289—293.

b) Voet L. 18. T. 4. §. 12. Ueber die mancherley willkührlichen Einschränkungen dieser Regel vergl. Berlich P. 1. Concl. 65. n. 101. Franzke resol. L. 1. R. 14. n. 33. Willenberg de priv. cedent. et cessionar. Frankf. 1695. cap. 3. §. 8.

c) wie es in früheren Ausgaben des Compendii gesagt war.

rechte übergehen d). Es muſs aber der Cessionar das Recht, ohne Nachtheil des Schuldners, in der Maſse ausüben, wie es der Cedent selbst würde gethan haben. Er kann jedoch bey Verfolgung des Rechts seiner eigenen Privilegien, selbst wenn die Cession unentgeltlich geschah, sich allerdings bedienen e), muſs aber auch sich alle Einreden, sofern sie in dem cedirten Recht gegründet sind *(reales)*, nicht aber die damit auſser Verbindung stehenden Einreden *(personales)* gefallen lassen, welche der Schuldner dem Cedenten selbst hätte entgegensetzen können, ausgenommen wenn die Cession unentgeltlich geschah, oder wenn er indirect zum Besten des Cedenten klagt f). Klagt er direct Namens des Cedenten (d. h. für diesen, bloſs als dessen Mandatar, und ohne sein eigenes Recht geltend zu machen, also die Abtretung des Rechts verschweigend), so wird natürlich alles nach der Person seines Gewaltgebers beurtheilt *). Uebrigens ist auf allen Fall eine, dem Schuldner nachtheilige Zersplitterung des cedirten Rechts unerlaubt g).

§. 80.

L. Anastasiana. Der Satz, daſs der Cessionar an die Stelle des Cedenten trit, führt natürlich zu der Regel, daſs jener Alles, was dieser hätte fodern können, vom Schuldner einklagen kann. Die sogenannte *lex Anastasiana* h) verbunden mit Justinians neuerer Vorschrift i) enthält aber, um zu verhindern, daſs man nicht zur

d) L. 43. de usur. (22. 1.) L. ult. C. de priv. fisci (7. 73.).

e) Ueber die Ideen Andrer s. Faber in Cod. L. 3. T. 12. Def. 22. Voet l. c. §. 13. Wehrn de cessionario privilegiato etc. Erf. 1786. §. 1—3. Willenberg l. c. §. 16—19. Mühlenbruch §. 58.

f) L. 4. §. 27—30. de dol. ex. (44. 4.) vergl. Lauterbach coll. eod. T. §. 8. Brunnemann de cess. act. cap. 6. Willenberg l. c. cap. 4. Berger Oec. Iur. L. 3. T. 5. §. 5. not. 10. Weber nat. Verb. §. 117. not. g. Mühlenbruch §. 59—61.

*) Die obigen Worte des Textes sagen eben das, was in früheren Ausgaben mit andern Worten gesagt ist, und da und dort den Miſsverstand veranlaſst hat, als ob ich zwischen den Fällen, da der Cessionar actione utili, oder als procurator in *rem suam* klagt, einen reellen Unterschied annehme. Das that ich nie.

g) arg. L. 27. §. ult. de pecul. (15. 1.). Wiese l. c. §. 6.

h) L. 22. C. mandat. (4. 35.). Vergl. bes. H. E. Floerken de lege Anastasiana. Ien. 1691. Franzke resol. L. 1. qu. 8. 9. Reinhold var. c. 31. 32. I. A. Bach de lege Anastasiana (opusc. n. 9.). Gmelin gem. jurist. Beobacht. 4. B. n. 12. I. C. Scheele de iustis limit. leg. Anastas. positis, Helmst. 1791.

i) L. 23. C. eod.

Chicane schlechte Foderungen an sich bringe, die merkwürdige Einschränkung, daſs der, welcher eine Foderung gekauft, oder zum Theil gekauft und geschenkt erhalten hat, vom Schuldner, zu dessen Vortheil dann die ganze übrige Verbindlichkeit vernichtet ist k), nicht mehr, als das wirklich gezahlte Geld nebst Zinsen einfodern kann, ausgenommen wenn Legatare und Miterben sich gemeinschaftliche Foderungen cediren, und wenn die Cession zur Tilgung einer Schuld, oder zur Schützung des Besitzes l) geschieht. Auf reine Schenkungen, und alle andere Geschäfte ist jene exorbitante Vorschrift nicht zu erstrecken m), so wenig als auf unsere Wechsel und Staatspapiere n); auf den reinen, oder mit einer Schenkung vermischten Kauf ist sie aber nach den Worten der Gesetze unbedingt anzuwenden, die Foderung mag ungewiſs, der Verkäufer *in dolo*, oder aus Noth zum Verkauf gezwungen seyn, oder nicht o). Auch steht unsre Verfassung der Anwendbarkeit jener Sätze nicht entgegen p). Wie viel übrigens gezahlt sey, hat der Cessionar auf Verlangen durch ordentliche Beweismittel, wohin die bloſse Angabe des Cedenten nicht gehört, zu erweisen q).

§. 81.

Wem kann cedirt werden? Jeder, welcher Rechte zu erwerben fähig ist, kann die Stelle eines Cessionars vertre-

k) Brunnemann de cess. act. c. 1. n. 87. Bach l. c. §. 5. Walch controv. p. 592. Mühlenbruch S. 529. 530. Abweichende Ideen haben Weber nat. Verb. §. 94. Mevius P. 3. Dec. 1. Lauterbach Coll. L. 18. T. 4. §. 74.

l) Z. B. ein jüngerer Pfandgläubiger läſst sich, um gegen den ältern gedeckt zu seyn, das Pfandrecht des letzten für Geld abtreten. Bach l. c. §. 6.

m) Andrer M. s. Voet L. 18. T. 4. §. 18. Bach §. 3.

n) W. Rahn über die Unzuläss. der Einr. d. Anastas. Ges. gegen Wechselford. Braunschw. 1802. 8. B. W. Pfeiffer pract. Ausführungen 1. B. S. 44. fgg.

o) Reinhold var. c. 32. Leyser Sp. 203. m. 2. Andrer M. sind Viele: Sande de action. cess. cap. 11. n. 24. F. I. Schoepfer de cessatione leg. Anastas. Frkf. ad V. 1684. Wernher lect. comm. L. 18. Tit. 4. §. 12. Pfeiffer a. a. O. S. 39—44.

p) Cocceii I. C. L. 18. T. 4. qu. 27. 28. Müller ad Leyser Obs. 423.

q) Lauterbach coll. L. 18. T. 4. §. 72. Bach l. c. §. 5. Sande l. c. cap. 11. n. 12. Fratr. Beckmannorum Consil. T. 1. Resp. 9. n. 28. Struben 4. B. 190. Bed. A. M. ist Weber v. d. Beweisführung. VI. n. 29. S. dagegen: I. F. Spangenberg num legis Anastasianae exceptio vera sit exceptio. Ien. 1705. p. 53. fgg. Einen Mittelweg versucht Mühlenbruch S. 577.

ten; nur darf, zufolge der Praxis, die Cession nicht an eine Person geschehen, welche auf irgend eine Art r) den Schuldner s) an Macht und Ansehen bedeutend übertrifft t). Geschieht diefs *(cessio in potentiorem)* in guter Absicht, so ist nach der gewöhnlichen Ansicht die Cession nichtig; geschieht es hingegen arglistig, so wird zur Strafe, und zwar zum Vortheil des Schuldners u), das ganze Recht vernichtet x). Dasselbe trit nach den Gesetzen, wahrscheinlich aus denselben Gründen, ein, wenn Jemand sein Recht gegen einen Mündel an dessen jetzigen oder gewesenen Vormund y), oder wenn ein Jude seine Schuldfoderung an einen Christen einem andern Christen abtrit z); doch sind sowohl die Gründe a) als die Grenzen b) dieser letzten, in Praxi selten befolgten c) Bestimmung streitig. — Noch eine hieher gehörige Frage, nämlich ob der Cedent für die Güte der cedirten Foderung haften müsse? wird sich unten in der Lehre von der Evictions-Leistung (§. 180.) besser beantworten lassen.

r) Brunnemann l. c. cap. 2. nr. 24. Wernher lect. comm. L. 18. T. 4. §. 7.

s) Brunnemann l. c. nr. 20.

t) L. 1. 2. C. ne lic. potent. (2. 14.). S. auch überh. Stryk de potentiore cessionar. Hal. 1693. Brokes Obs. n. 313.

u) Franzke resol. L. 1. Q. 10. n. 60. Hilliger ad Donell. L. 18. cap. 11. Lit. m.

x) Brunnemann l. c. n. 35—37.

y) Nov. 72. c. 5. Mühlenbruch §. 32. Was über Grundsätze in L. 7. de O. et A. (44. 7.) vorkommt, paſst nicht zu den neuen abgesonderten Peculien.

z) R. A. v. 1551. §. 79. Pol. O. v. 1577. Tit. 20. §. 4. S. F. Willenberg de cess. nom. cum Judaeo instituta. Ged. 1720. (Exerc. P. 1. n. 14.). I. S. F. Boehmer de cess. nom. ad Jud. in Christ. facta rata vel irrit. Frkf. 1738.

a) Vergl. Cocceii I. C. L. 18. T. 4. qu. 13. mit Cramer Wetz. Nebenst. 4. Thl. N. 3. §. 8. Eine eigne Ansicht, welche sehr viel für sich hat, vertheidigt Mühlenbruch §. 30. Gesterding alte und neue Irrthümer S. 436—444.

b) Vergl. überh. Cramer Obs. iur. univ. T. 2. P. 2. Obs. 776. Dessen Wetzl. Beytr. 2. Thl. n. 11. Selchow Rechtsf. 3. B. Resp. 61. §. 30. fgg. Gerstlacher Handb. der Reichsges. 10. B. S. 1906. fgg. Struben 3. B. 66. Bed. Pufendorf T. 2. Obs. 138. Carpzov P. 2. C. 30. D. 45. Meditat. über versch. R. M. 3. B. n. 161. Mühlenbruch §. 34.

c) Berger Oec. Iur. L. 3. T. 5. §. 5. not. 2. Leyser Sp. 199.

Zweyte Abtheilung.

Ueber Verbindlichkeiten.

§. 82.

I) Natur der Verbindlichkeit überhaupt. 1) Ausschliefsung des Entsagens und der Willkühr.

Der Begriff der Verbindlichkeit als einer moralischen Nothwendigkeit lehrt durch sich selbst, 1) dafs der Verpflichtete auf keine Weise nach Willkühr darüber verfügen, und sich derselben entziehen kann. Er kann daher seine Verpflichtung weder einseitig auf einen Andern übertragen d), noch sich durch Willkühr den Befehlen der Gesetze entziehen. Ein gesetzwidriges Geschäft ist daher im Zweifel mit allen Anhängen null und nichtig e), und hat nur dann rechtliche Folgen, wenn die Gesetze diefs ausnahmsweise gestatten, wie diefs in Ansehung aller natürlichen Rechtsgeschäfte der Fall ist, worüber die bürgerlichen Gesetze Vorschriften enthalten, weil diese nur im Zweifel als Auslegungs-Regeln den Richter leiten sollen f). Hat indefs Jemand wissentlich wider die Gesetze gezahlt, so kann er selbst, wenn besondere gesetzliche Vorschriften keine Ausnahme machen, das Gezahlte vom Empfänger nicht zurückfodern g), weil Niemand befugt ist, seine eignen Handlungen als widerrechtlich anzufechten h). Zu den Ausnahmen gehört stets der Fall, wenn zum Besten des Gebers die Veräufserung verboten war *). Wo indefs der Geber verbotene Gaben nicht zurückfodern darf, da kann der Fiscus dieselben dem Empfänger entreifsen **).

d) L. 1. C. de novat. (8. 42.).

e) L. 7. §. 16. de pact. (2. 14.) L. 5. C. de LL. (1. 14.). Cuiac. Obs. L. 19. c. 30. Weber nat. Verb. §. 64. 74. Andre Ideen haben Vinnius quaest. sel. L. 1. c. 1. Voet L. 1. T. 3. n. 16. Hommel rhaps. Obs. 213. I. R. Raysius de irrito effectu legis. Giess. 1703. §. 17. Pütter theor. general. de nullitat. §. 17. 20. (in opusc.).

f) L. 7. §. 5. de pact. (2. 14.) L. 72. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. §. 6. depos. (16. 3.) L. 23. 27. de R. I. (50. 17.). Weber a. a. O. §. 54. 102.

g) Weber a. a. O. §. 48. 74—77. 91.

h) L. 25. pr. de adopt. (1. 7.) Tit. P. de condict. ob turp. causs. (12. 5.). S. Stryk de impugnatione facti proprii. Frkf. ad V. 1688.

*) S. unten §. 286. 432. 525. 916.

**) L. 5. pr. de calumn. (3. 6.) L. 8. §. 14. de inoffic. test. (5. 2.) L. 32. §. ult. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 2. §. 1. de his quae ut indign. (34. 9.) L. 3. de litigios. (44. 6.) L. 1. pr. L. 9. L. 46. §. 2. de iure fisci (49. 14.) L. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.) L. 1. C. de natural. lib. (5. 27.).

§. 83.

Fortsetzung.

Eine einmal Anfangs nichtige Handlung wird durch sich selbst in der Folge nicht gültig i), wenn nicht neue Handlungen hinzukommen, welche den vorhandenen Mangel verbessern, wohin besonders, aber unter verschiedenen Wirkungen, die Genehmigung *(ratihabitio)* gehört k). Hat der Verpflichtete seine Verbindlichkeit Theils übertreten, Theils derselben gemäfs gehandelt, so wird das Gültige, sofern es für sich selbst bestehen kann, durch das Ungültige nicht vernichtet l), und das Gesetzmäfsige kann als ein, von dem beabsichtigten verschiedenes Geschäft erhalten werden, welches man, wenn daraus eine neue Art des Rechtsgeschäfts entsteht, *conversio actus iuridici* nennt m).

§. 84.

Ausnahme bey alternativen Verbindlichkeiten.

Nur bey alternativen Verbindlichkeiten, d. h. solchen, da entweder diefs oder ein Anderes zu leisten ist, hat der Schuldner einige Willkühr, nämlich das Recht der Wahl n), so wie bey den einfachen Verbindlichkeiten, wobey der Gläubiger nur einfach klagen, der Schuldner aber der Klage durch Leistung eines andern Objects ausweichen kann o). Im Zweifel hat der Schuldner diefs Wahlrecht p), selbst beym Zurückfodern des Zuvielgegebenen q), wenn nicht eine Correalverbindlichkeit doppelt erfüllt ist r); doch

i) L. 29. de R. I. (50. 17.) L. 83. §. 5. de V. O. (45. 1.). Averanii int. L. 4. c. 22.

k) S. noch besonders unten §. 139.

l) L. 5. §. 2. L. 31. §. 4. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 29. de usur. (22. 1.) L. un. pr. C. de rei uxor. act. (5. 13.). Ueber die Ausnahmen an seinem Ort. S. überh. C. F. Harprecht de effect. act. nulliter gesti. Tub. 1750. G. L. Crell de fructu et effectu negotii inutilis, nulli et imperfecti, in dessen Diss. n. 9.

m) Hofacker princ. iur. R. G. T. 1. §. 221.

n) L. 34. §. 6. de contr. emt. (18. 1.).

o) z. B. L. 2. C. de resc. vend. (4. 44.). Cocceii I. C. L. 18. Tit. 5. qu. 4.

p) L. 34. §. 6. de contr. emt. (18. 1.) L. 138. §. 1. de V. O. (45. 1.). Hert de electione ex obligat. alternativ. Sect. I. (in opusc. Vol. 1. T. 3.) besonders I. A. Kurrer de obligat. alternativa. Tubing. 1686. I. G. Chladenius de iure debitoris circa elect. in caussis altern. Viteb. 1725. Archiv für civilist. Prax. 1. B. 3. Hft. nr. 23. M. A. I. de Brassier Diss. de caussis alternativis. Heidelberg. 1821.

q) L. penult. C. de cond. indeb. (4. 5.). Thomasius D. de promiss. rei incert. §. 53. Voet L. 12. T. 6. n. 5.

r) L. 21. de condict. indeb. (12. 6.). Kurrer l. c. cap. 7. n. 13. 14. Brassier l. c. §. 12.

kann es auch der Gläubiger durch besondere Rechtsgründe erlangen s). Der Schuldner überträgt im Zweifel stets das ihm zustehende Wahlrecht auf seine Erben t), und eben so der Gläubiger, obgleich ihm die Cession nicht erlaubt ist u), so daſs selbst dann, wenn das Wahlrecht durch Vertrag erworben war, seine Erben an seine Stelle treten x). Soll aber Jemand für einen Dritten wählen, so erlischt mit seinem Tode das Rechtsverhältniſs y).

§. 85.

Erlöschen der alternat. Verb.

In Rücksicht der Fortdauer und des Erlöschens alternativer Verbindlichkeiten gelten im Ganzen die allgemeinen Grundsätze z). Nur das Eigenthümliche findet hier Statt, daſs die einmal getroffene Wahl ein ferneres Wahlrecht aufhebt a), und daſs das Erlöschen durch Untergang des Objects hier besonders modificirt ist. Ist A) der Zufall keinem Theil beyzumessen, so wird der Schuldner nur dann ganz frey, wenn alle Objecte des Wahlrechts untergehen b), gesetzt auch, der Gläubiger sollte eine der Sachen auf andre Art erworben haben c). Wird nur die eine Sache vernichtet, so muſs der Werth derselben, oder die erhaltene gegeben werden *). B) Veranlaſste ein Theil durch Verzug, oder auf andre Art den Untergang, und zwar a) der Schuldner, so leistet er natürlich in Gemäſsheit seiner Verbindlichkeit Entschädigung, wenn alle Objecte vernichtet wurden. Bleibt hingegen eines übrig, so hat der Gläubiger unbedingt das Recht, die existirende, oder den Werth der vernichteten Sache zu fodern, wenn ihm an sich die Wahl zustand; sonst aber kann er nur die

s) L. 10. §. 6. de iure dot. (23. 3.) L. 112. de V. O. (45. 1.).

t) Kurrer l. c. cap. 6. n. 82. 83.

u) L. 76. L. 141. pr. de V. O. (45. 1.). Kurrer l. c. n. 105—114. I. H. L. Lueders de iuribus ex cessione. Rost. 1680. §. 11. A. M. sind Olea quaest. L. 1. n. 33. Donell comm. L. 15. c. 34. Mühlenbruch v. d. Cession S. 242—256.

x) L. 75. §. 3. de leg. 1. (30.) L. 19. de optione (33. 5.). Kurrer l. c. n. 97. Hert l. c. Sect. 4. §. 1. A. M. sind Hilliger in Don. enucl. L. 15. c. 2. lit. d. Hunnius resol. L. 3. Tr. 4. qu. 15. Thomasius l. c. §. 6.

y) L. ult. §. 1. de V. O. (45. 1.) §. 1. I. de emt. (3. 24.). Kurrer l. c. n. 98—102.

z) Kurrer l. c. cap. 7.

a) L. 106. L. 112. pr. L. 138. §. 1. de V. O. (45. 1.). Thomasius l. c. §. 53. 54.

b) L. 34. §. 6. de contr. emt. (18. 1.).

c) L. 16. de V. O. (45. 1.). Kurrer l. c. n. 16—23.

*) L. 47. §. 3. de legat. 1. (30.). Arch. f. c. Prax. a. a. O.

noch vorhandene Sache fodern, und muſs sich sogar, wenigstens nach der Meynung vieler Rechtslehrer, die Abfindung durch den Werth der vernichteten Sache gefallen lassen, wenn derselbe dem Werth der erhaltenen Sache gleich kommt [d]. War aber b) die Schuld auf Seiten des Gläubigers, so wird der Schuldner durch den Untergang auch nur eines der alternativ versprochenen Objecte ganz befreyt [e].

§. 86.

2) Möglichkeit der Handlung.

Das Nothwendige muſs möglich seyn. Eine Verbindlichkeit kann also 2) nicht gedacht werden, wenn der Gegenstand derselben physisch unmöglich ist [f], oder in der Folge ward *(rei interitus s. lato)*, obgleich der Verpflichtete, welcher sich selbst in diese Lage gebracht hat, angehalten werden kann, den Berechtigten auf andre Art zu entschädigen [g].

§. 87.

3) Verpflichtung zur Zahlung. Hiezu gehört,

Wer verpflichtet ist, muſs ferner 3) alles dasjenige, was den Gegenstand der Nothwendigkeit ausmacht, genau erfüllen. Die Leistung desjenigen, wozu man verpflichtet ist, heiſst im Allgemeinen Zahlung *(solutio)*, obgleich dieser Ausdruck im engeren Sinn nur zur Bezeichnung der Entrichtung einer Geldsumme gebraucht wird [h].

§. 88.

A) daſs sie dem Gläubiger geschehe.

Zur Zahlung gehört, 1) daſs dieselbe dem Gläubiger, oder, falls derselbe unfähig ist, sich von Rechtsverhältnissen zu befreyen,

d) Kurrer l. c. n. 34—38. Zimmern a. a. O. Das Gegentheil behauptet Brassier l. c. §. 5. Es kommt alles darauf an, ob man in L. 95. §. 1. de solut. (46. 3.) das: si longe fuit vilior als Rechtssatz nehmen will, oder als den wahrscheinlichen Fall. Die civilistische Vernunft ist gewiſs für das Letzte.

e) arg. L. 105. de V. O. (45. 1.) L. 72. pr. de solut. (46. 3.). Kurrer l. c. n. 39—42. A. M. ist Brassier l. c. §. 10.

f) L. 185. de R. I. (50. 17.).

g) L. 2. §. 1. L. 3. de peric. et comm. rei vend. (18. 6.) L. 95. §. 1. de solut. (46. 3.).

h) L. 52. 54. de solut. (46. 3.) L. 47. 176. de V. S. (50. 16.). W. A. Lauterbach D. de solution. Tub. 1659. B. Brissonius de solut. et liberat. Frkf. 1587. auch in dessen op. min. Lugd. Batav. 1747. cum not. Trekellii. Freyer de solut. 1660. 4. E. G. C. Klügel de solut. et liberat. Viteb. 1776. I. G. A. Weidner von der Zahlung u. Angabe an Zahlungsstatt. Jen. 1799. 8.

dessen Vorstehern geschehe i). Ist Jemand bey Errichtung eines Geschäfts als solcher mit genannt, dem Zahlung geleistet werden könne (*adiectus*), oder hat der Gläubiger einen Andern zur Einhebung der Schuld bevollmächtigt: so kann diesem gleichfalls gezahlt werden k), und dem *adiecto*, sofern er selbst mit an dem Vertrage Theil nahm, selbst wider Willen des Gläubigers l); doch mufs derselbe dem Letzten das Empfangene herausgeben m). Ist die Einhebungsvollmacht des Mandatars widerrufen, so wird der zahlende Schuldner frey, wenn ihm der Widerruf unbekannt war n), nicht aber, wenn jener sich mehr, oder etwas Anderes zahlen läfst, als worauf seine Vollmacht lautet o). Als Bevollmächtigter ist auch der anzusehen, dem eine Foderung verpfändet ist p).

§. 89.

Fortsetzung. Ist die Zahlung auf andre Weise einem Dritten geschehen, so wird der Schuldner nicht befreyet, ausgenommen wenn es der Gläubiger genehmigt q), oder die Zahlung ihm nützlich wird r). Defshalb wird er auch frey, wenn er dem Gläubiger seines Gläubigers mit Nutzen zahlt s). Ein unumstöfslicher Machtspruch des Regenten, kraft dessen an einen Dritten gezahlt ist, hebt natürlich auch die Verbindlichkeit des Schuldners auf t).

§. 90.

B) Zahlungsfähigkeit. Nach der Strenge kann 2) nur der bezahlen, dem die Schuld obliegt, und dessen

i) L. 15. de solut. (46. 3.) L. 11. de R. I. (50. 17.) §. 2. I. quib. al. lic. vel non (2. 8.). S. überh. G. A. Caroc (praes. M. Grafs) de solut. tertio fact. Tub. 1704.

k) L. 11. de pact. (2. 14.) L. 180. de R. I. (50. 17.) L. 10. L. 12. §. 1. de solut. (46. 3.). G. Rudelius de adiecto. Altd. 1692. Maiansii Disp. T. 1. n. 8. Wichtige Beyträge für die Lehre von adiectis gibt jetzt Gaius III. 100. 110—114. 117. 158. Vergl. auch Archiv für civilist. Praxis. 4. B. 2. Hft. nr. 19.

l) L. 71. pr. L. 106. eod.

m) L. 131. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 10. h. t. (46. 3.).

n) L. 12. §. 2. L. 38. §. 1. eod.

o) L. 12. pr. L. 68. eod. L. 10. C. de procurat. (2. 13.). Müller ad Leyser Obs. 877.

p) L. 18. pr. de pignor. act. (13. 7.) L. 4. C. quae res pignor. obligar. (8. 17.).

q) L. 13. L. 58. de solut. (46. 3.).

r) L. 15. 61. eod.

s) L. 6. de dol. mal. et met. exc. (44. 4.) L. 11. §. 5. de pignor. act. (13. 7.). F. A. Künhold de eo quod invito altero in solut. fac. licet. Lips. 1723. §. 18. Leyser Sp. 528. m. 3. vergl. mit Müller Obs. 878.

t) Weidner a. a. O. §. 20.

Bevollmächtigter, oder, falls der Schuldner nicht frey über sein Vermögen disponiren darf, der Vorgesetzte desselben u). Indeſs ist es erlaubt, daſs jeder Dritte, selbst wider Willen des Schuldners, für denselben zahlen kann; doch wird durch das, nicht unvernünftige Verbot des Schuldners dem Dritten jeder Anspruch auf Entschädigung abgeschnitten, wenn er sich nicht die Klagen des Gläubigers abtreten läſst, und in allen Fällen der befreyte Schuldner nicht beweist, daſs er durch die Zahlung wirklich in seinem Interesse verletzt sey x).

§. 91.

C) Absicht zu zahlen.

Was ferner 3) als Zahlung gelten soll, muſs in der Absicht, die Schuld zu tilgen, gegeben seyn. Ist dieſs nicht der Fall, so erhält der Gläubiger nur die Rechte darauf, welche der Schuldner ihm übertragen wollte y).

§. 92.

D) Leistung des bestimmten Objects,

Die Natur einer Verbindlichkeit erfodert, 4) daſs grade derjenige Gegenstand, worauf dieselbe gerichtet ist, geleistet werde. Der Gläubiger kann daher, es sey vom Geben oder Thun die Rede, auf Uebergabe der Sache, und Leistung der Handlung dringen, und der Schuldner darauf verurtheilt werden z), obgleich der Gläubiger von dem ungehorsamen Schuldner auch das Interesse fodern kann a). Jedoch

u) §. 2. I. quib. alien. lic. vel non (2. 8.). I. N. Hert de solut. pro al. facta. Giess. 1701. (opusc. V. II. T. 3.). G. A. Caroc de solut. tert. facta. Gryph. 1705.

x) L. ult. de negot. gest. (3. 5.) L. 14. §. 13. de religios. (11. 7.) L. 3. C. de hered. vel act. vend. (4. 39.) L. 40. mandat. (17. 1.) L. ult. C. de negot. gest. (2. 19.). Hert l. c. Sect. 2. §. 7. Künhold l. c. §. 9. Pufendorf T. 1. Obs. 130.

y) L. 19. pr. de R. C. (12. 1.) L. 55. de solut. (46. 3.).

z) §. 2. I. de donat. (2. 7.) pr. I. de emt. (3. 24.) L. 28. de donat. (39. 5.) L. 13. §. 4. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 17. §. 2. L. 44. de manum. test. (40. 4.). Durch diese Unterscheidungen zwischen Klage, Urtheil und Execution werden widerlegt Fachineus contr. L. 2. c. 30. Thomasius D. an promissor facti liberetur praestando id quod interest. Hal. 1721. Mascov de constit. possessor. §. 14. B. Bardili de faciendi obligat. Tub. 1682. Vergl. noch über die Literatur dieser Controverse Emminghaus ad Cocceii L. 2. T. 14. qu. 42. Glück Comm. §. 316.

a) L. 13. §. 1. de re iudic. (42. 1.) L. 1. pr. de act. E. V. (19. 1.) L. 4. C. eod. (4. 49.) L. 17. C. de fide instr. (4. 21.).

finden im ersten Fall keine weiteren, als die gewöhnlichen gerichtlichen Zwangsmittel gegen den Schuldner Statt b).

§. 93.

also in der Regel nicht datio in solutum.

Nur im Nothfall hat der Schuldner die Wohlthat der Angabe an Zahlungsstatt *(datio in solutum)*. Wenn nämlich der Gläubiger eine persönliche Geldfoderung hat, und den Schuldner durch sein Andrängen zum Concurs bringen würde, so kann der letzte, nach Beobachtung mancher Nebenpflichten, den Gläubiger durch Herausgabe hinreichender unbeweglicher Sachen abfinden c); wobey aber Kirchenanstalten, als Gläubiger, noch einige Vorrechte haben d).

§. 94.

E) Nicht theilweise.

Ist ein Schuldner in der Lage, daſs ihm eine ganze Verbindlichkeit allein obliegt, so muſs er 6) dieselbe, wenn sie eine einzige Verbindlichkeit ist e), oder, wie eine Waarenschuld, als solche, betrachtet wird f), auf Einmal erfüllen, und darf dem Gläubiger keine theilweise Zahlung aufdringen g). Nur dann muſs sich der Gläubiger Stückzahlung *(solutio particularis)* gefallen lassen, wenn entweder der einbehaltene Theil der Schuld noch streitig h), oder der Schuldner ohne sein Versehen in Vermögensverfall gerathen ist, und dadurch, daſs er Alles auf einmal bezahlen müſste, gänzlich zu Grunde gerichtet werden würde i).

b) L. 68. de R. V. (6. 1.) L. 15. de re iud. (42. 1.) L. 3. ne vis fiat ei (43. 4.) L. 34. 35. §. 3. de procurat. (3. 3.) L. 36. de liberal. causs. (40. 12.) L. 2. 7. C. de exec. rei iudic. (7. 53.).

c) Nov. 4. cap. 3. J. R. A. §. 172. S. Stryk de benef. dat. in solutum. Frkf. 1616. (op. T. 1. n. 9.). H. Schönfeld de dat. in solut. Alt. 1693. G. Wernher D. de benef. dat. in sol. Helmst. 1660. Cramer Wetzl. Nebenst. P. 114. Leyser Sp. 531. Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. 2. 3. Hft. S. 230—246.

d) Nov. 120. c. 6.

e) L. ult. quib. mod. pign. solv. (20. 6.).

f) Hellfeld iurispr. for. §. 1928.

g) L. 13. §. 8. de act. emt. (19. 1.) L. 9. C. de solut. (8. 43.). P. Schulz de solut. particular. Frkf. 1682. P. Müller de solut. minor. summ. in deduct. maior. Ien. 1711. C. L. Crell de solut. particulari. Viteb. 1756.

h) L. 21. de R. C. (12. 1.).

i) Die Praxis dehnt wenigstens den J. R. A. §. 174. dahin aus. R. C. Henne de creditore ad partic. solut. acceptandam in nonnull. casibus obligato. Erf. 1775.

§. 95.

F) Am gehörigen Orte.

Der Schuldner ist 6) verpflichtet, **am gehörigen Orte** zu zahlen [k]). Man unterscheide hierüber: I) Die Leistung besteht in Herausgabe einer unbeweglichen Sache: dann versteht es sich, dafs der Ort, wo sie gelegen ist, nur der einzige seyn kann. II) Ist von einer andern Leistung die Rede, so kann der Gläubiger entweder 1) den Verpflichteten durch eine, eine bewegliche Sache verfolgende dingliche Klage belangen: in diesem Fall mufs die Sache, nach Gefallen des Klägers, an dem Orte, wo sie liegt, oder wo geklagt wird, ausgeliefert werden, jedoch so, dafs die Herbeyschaffung der Sache, wenn der Beklagte in gutem Glauben ist, auf Kosten des Klägers geschieht [l]). Ist 2) die Verpflichtung von andrer Art, so ist, A) im Fall über den Zahlungsort besondere Bestimmungen da sind, diesen nachzugehen, und zwar wird, wenn mehrere Orte verbunden genannt sind, die Verbindlichkeit getheilt; sind sie alternativ angegeben, so hat bis zur Klage der Schuldner, von da an aber der Gläubiger die Wahl [m]). Wider Willen des Gläubigers kann der Schuldner an keinem, als dem bestimmten Orte zahlen [n]); doch leidet diefs eine Ausnahme, wenn dieser Ort nicht zugänglich ist [o]), und allenfalls auch, wenn der Gläubiger durch die, dem Schuldner vortheilhafte Veränderung durchaus keinen Schaden leidet [p]). Der Gläubiger dagegen kann, wenn er ein Interesse dabey hat, und die Zahlung, es sey durch, oder ohne Nachlässigkeit, am gehörigen Orte nicht erfolgt ist, verlangen, dafs ihm der Schuldner an einem andern, als dem bestimmten Orte zahle [q]); nur mufs er denselben entschädigen, wenn ihm diefs nachtheilig ist, selbst wenn er sich säumig hat finden lassen [r]); doch kann der Schuldner, wenn es ihn sehr interessirt, an dem bestimmten Orte zu zahlen, und zwar, wenn er bisher säumig war, gegen Caution, dafs er hier zahlen wolle, von den Foderungen des Gläubigers sich befreyen [s]).

k) I. S. Stryk de loco solutionis. Hal. 1705.

l) L. 10. de R. V. (6. 1.).

m) L. 2. §. 2. 3. 4. de eo quod certo loco (13. 4.).

n) L. 9. eod.

o) Lauterbach D. de solut. §. 34. Idem Diss. de oblatione §. 8.

p) L. 2. pr. eod. Stryk l. c. cap. 2. §. 21.

q) L. 1. L. 2. pr. eod. §. 33. I. de act. (4. 6.) L. un. C. eod. (3. 18.).

r) L. 2. §. ult. L. 4. §. 1. eod. §. 33. l. cit. Lauterbach coll. L. 13. Tit. 4. §. 9.

s) L. 4. §. 1. eod.

Wenn aber B) nichts ausgemacht ist, so läfst sich, bey dem Abgange besondrer Gesetze, keine mehr natürliche Regel aufstellen, als die: vertragsmäfsig entstandene Verbindlichkeiten sind da zu erfüllen, wo der Vertrag bindend ward; die übrigen aber im Zweifel da, wo der Schuldner sich aufhält t). Kommt es zur Klage, so kann freilich eine Species da gefodert werden, wo sie ist, eine Gattung da, wo geklagt wird u). Wenn übrigens die Gesetze nach dem Obigen selbst da, wo ein Zahlungsort verabredet ist, eine richterliche Aenderung desselben gestatten, so mufs diefs um so mehr auch in diesem Fall gesetzlicher bestimmter Zahlungsorte zugelassen werden.

§. 96.

Fortsetzung. Condictio de eo quod certo loco.

In *bonae fidei* Geschäften kann, wenn der Schuldner nicht am bestimmten Orte zahlt, durch die Contractsklage in dem ordentlichen Gerichte des Schuldners die Leistung an einem andern Orte verlangt werden x). War bey den Römern das Geschäft *stricti iuris*, oder einem solchen Geschäft gleich, so mufste der Gläubiger nach der Strenge an dem bestimmten Zahlungsorte klagen, und es abwarten, dafs der Schuldner sich hier treffen liefs y). Der Billigkeit wegen gestattete indefs der Prätor, dafs man auch aus solchen Geschäften den Schuldner überall, d. h. in seinem ordentlichen Gerichte z), belangen, und auf Zahlung an einem andern Orte, nach den obigen Bestimmungen dringen konnte. In einem solchen Fall pflegt man jetzt die Klage *condictio de eo quod certo loco* zu nennen a).

t) Ueber die mancherley Meynungen s. Leyser Sp. 528. m. 10. Huber L. 46. T. 3. §. 7. Voet eod. Tit. §. 12. Struben 3. B. 42. Bed. Hommel Rhaps. Obs. 140. Müller ad Leyser Obs. 880.

u) L. 38. de iudic. (5. 1.).

x) L. 7. de eo quod certo loc. (13. 4.).

y) L. 1. eod.

z) L. 16. §. 1. de const. pecun. (13. 5.) L. 43. de iudic. (5. 1.) vergl. mit L. 19. §. ult. eod. Thomasius ad Huber L. 13. T. 4. §. 1.

a) §. 33. I. de act. (4. 6.) Tit. P. de eo quod cert. loc. (13. 4.) Tit. C. eod. (3. 18.). I. Strauch de condict. de eo quod certo loco. Ien. 1674. Duarenus ad Tit. D. de eo quod certo loco. (in oper. Frkf. 1592. p. 924. fgg.). A. Baert extraord. lectiones. Colon. 1579. S. 210—263. Glück Comm. 13. Bd. §. 845—848. Ueber bessere Benennung der Klage mit Rücksicht auf L. 1. §. 5. 7. h. t. (13. 4.) s. Gans Obligationenrecht. S. 70—75.

§. 97.

G) Leistung der gehörigen Qualität.

Zur vollständigen Erfüllung einer Verbindlichkeit gehört ferner, 7) dafs der Gegenstand derselben in der gehörigen Qualität geleistet werde b). Worin diese bestehe, mufs in einzelnen Fällen durch Beurtheilung ausgemittelt werden, und läfst sich nicht durch Regeln bestimmen. Nur in Ansehung der Bezahlung einer Geldschuld bedarf es einiger Erörterungen c), so wie in Betreff der Frage: wie nach Verschiedenheit der Orte die Qualität und Quantität zu bestimmen ist?

§. 98.

Ueber Münzsorten insbesondere.

Man mufs bey jeder Münze die Art (Sorte), und den Gehalt oder Werth derselben unterscheiden, und in Ansehung des Werths den inneren von dem äufseren. Jener liegt Theils in der Schwere (Schroot), Theils in der Art des Metalls (Korn); dieser hingegen hängt ab Theils von der Summe, welche man in andern Münzsorten für sie bezahlt (Cours), Theils von der Menge der Sachen, welche man für sie erhalten kann (der von Manchen sogenannte aufserordentliche Courspreis).

§. 99.

Fortsetzung.

Was die Gesetze als wirklich annehmen, das mufs der Unterthan als wirklich betrachten. Wenn also durch Gesetze eine Münze für ganz ungültig erklärt

b) L. 72. §. 5. de solut. (46. 3.).

c) S. überh. I. S. Boehmer de solut. pecuniar. mutata monetae bonit. Frankf. ad V. 1742. G. S. Madihn D. sistens causs. debitoris circa pecun. solut. mutato post. contr. numm. valore. Hal. 1762. I. T. Seger de mutat. monet. valor. Lips. 1763. (in opusc.). Bynkershoek Obs. L. 1. c. 9. Averanii interpr. L. 3. c. 10. fgg. Leyser med. Sp. 529. (Guden) Betracht. über das Recht bey der Bezahl. in veränderten Münzen. Braunschw. 1764. I. L. Schmidt Abh. v. d. Münzsorten. 2. Aufl. Jen. 1782. 4. und dazu: dessen rechtl. Entsch. zur Erläut. der Abh. v. den Münzsorten. Jen. 1789. 4. I. G. Dieze Vers. einer Beantw. d. Frage: wie eine Geldschuld abzutragen etc. Frankf. 1791. G. Hufeland primae lineae iuris circa pecuniam privati. Partic. prima. Ien. 1803. Dessen Gutachten über die Entscheidung der durch die Herabsetzung der Bankzettel in Tyrol entstandenen Streitigkeiten. 1807. Glück Comm. 12. B. S. 63—92. C. F. Fels (praes. E. Schrader) quid debito pecuniario contracto, praesertim mutationibus circa pecuniam factis, solvendum sit. Tubing. 1814. B. W. Pfeiffer practische Ausführungen 1. B. nr. 7.

(widerrufen) wird, so darf ein Unterthan seinem Mitunterthanen keine Zahlung damit leisten d). Aus gleichen Gründen müssen Unterthanen unter sich den, durch wirkliche gesetzliche Gebote erhöheten, oder verringerten, oder (wie bey Assignaten) geschaffenen Werth gelten lassen, und keiner darf einseitig dem Andern den wahren Werth in Rechnung bringen.

§. 100.

Fortsetzung. In Betreff der Art, wie eine Geldschuld zu zahlen ist, muſs man, bey dem Abgange allgemeiner gesetzlicher Vorschriften, nach der Natur der Sache folgende Regeln annehmen: 1) Liegt es bloſs in der Verbindlichkeit, daſs eine gewisse Summe bezahlt werde, so kann der Schuldner in beliebigen Sorten, nach dem usuellen, oder gesetzlichen Cours derselben, Zahlung leisten; nur dürfen die Sorten nicht widerrufen seyn. 2) Ist bestimmt, daſs in gewissen Sorten nach Stückzahl die Schuld abgetragen werde, so bleibt es dabey, und der veränderte Werth kommt, sogar im Zweifel dann, wenn die Münze als solche abgesetzt ist, nicht in Betracht; doch kann in andern Sorten gezahlt werden, wenn die schuldigen gar nicht, oder nicht ohne groſse Kosten zu erhalten sind e). 3) Ist beides, sowohl die Summe, als die Sorte bestimmt, so müssen so viel Stücke der Sorte gegeben werden, bis die Summe voll ist. Bey Wiederbezahlung einer Summe in bestimmten Sorten kann dann, je nachdem der innere Werth vermindert, oder erhöhet ist, der Fall eintreten, daſs an Stückzahl mehr oder weniger, als der Schuldner empfing, zurückgegeben werden muſs, welches man Berechnung des Agio nennt f). 4) Muſs der Schuldner, wie dieſs beym Darlehn der Fall ist g), das Empfangene bloſs nach dem innern Werth zurückgeben, den es zur Zeit des Empfangs hatte, so darf er in beliebigen Sorten zahlen, sofern die hieraus entstehenden Beschwerden dem Gläubiger keinen Nachtheil bringen h), wohin die Vorschrift gehört, daſs der, welcher ein Capital zu zahlen hat, nicht mehr als 25 Gulden

d) L. 24. §. 1. de pignor. act. (13. 7.).

e) L. 71. §. 3. de leg. 1. (30.) L. 14. §. 2. de leg. III. (32.).

f) I. G. Estor de permisso et vetit. collybo, quem Agio vocant. Marb. 1785.

g) L. 3. de R. C. (12. 1.).

h) L. 99. de solut. (46. 3.). Struben 3. B. 2. Bed.

kleine Sorten zur Zahlung bringen dürfe i). Dagegen aber müssen die Sorten nach ihrem innern Werth gegeben und angenommen werden. Ist dieser verringert (z. B. durch Abnutzen), so müssen mehr Stücke gezahlt werden; ist er vermehrt, so braucht der Schuldner nicht so viele zu geben k). Zu der Verringerung und Erhöhung gehört auch hier unter Unterthanen, nach dem Obigen, jede gesetzliche Minderung und Mehrung des Werths; doch ist die häufig inconsequente Billigkeitsliebe der Praxis nicht hiemit einverstanden *).

§. 101.

Ortsverschiedenheiten im Maafs.

Was den Werth und die Quantität nach Verschiedenheit der Orte betrifft, so ist entweder etwas darüber ausgemacht, oder nicht. In jenem Fall bleibt es dabey; im letzten Fall hingegen mufs bey Bestimmung des, vom Schuldner zu leistenden Werthes, und des Maafses, auf den Ort gesehen werden, wo die Zahlung zu leisten ist; doch kann, wenn nichts namentlich über den Zahlungsort ausgemacht ist, und wenn es zur Klage kommt, der Gläubiger auch den Werth fodern, welchen die Sache am Orte der erhobenen Klage hat l).

§. 102.

H) Leistung zur gehörigen Zeit. Ueber den Verzug.

Jede Verbindlichkeit mufs 8) zur gehörigen Zeit erfüllt werden, obgleich nach billigem Ermessen, mit Rücksicht auf die Umstände, der unbestimmt gelassene Anfang eines Termins wohl durch den Richter etwas erweitert werden kann, ohne dafs jedoch eintretende Feiertage an sich den Anfang des Verzugs hinaussetzen m). Wird die Verbind-

i) R. A. v. 1576. §. 76. die Summe ist nach jetzigem Münzfufs $58\frac{44}{57}$ Fl. Fels l. c. p. 65. 87. 91. 92.

k) L. 1. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 94. §. 1. de solutt. (46. 3.) L. 1. C. de vet. numism. potest. (11. 10.) cap. 26. X. de censib. (3. 39.).

*) Hofacker T. 3. §. 1871.

l) L. 22. de R. C. (12. 1.) L. ult. de cond. tritic. (13. 3.) L. 3. §. 3. 4. de act. E. V. (19. 1.) L. 3. de reb. auct. iudic. (42. 5.) L. 21. de O. et A. (44. 7.). Cocceii I. C. L. 18. T. 1. qu. 9. Voet Comm. L. 13. T. 3. §. 4. L. 46. T. 3. §. 8.

m) L. 31. de re iudic. (42. 1.). Schöman Handb. 2. B. S. 232—234. L. 137. §. 2. de V. O. (45. 1.). G. W. Dinkler de debitore die solvendi destinato in ferias divin. incidente solvere obstricto. Lips. 1725.

lichkeit durch Versehen n) nicht zur gehörigen Zeit erfüllt, so heifst diefs Verzug o). Ein solcher Verzug kann stattfinden Theils von Seiten des Schuldners *(mora praestandi, vel solvendi)*, welcher nicht zur gehörigen Zeit eine liquide Schuld *) zahlt, Theils von Seiten des Gläubigers *(mora accipiendi)*, welcher die Sache nicht zur gehörigen Zeit in Empfang nehmen will p), wohin auch der Fall gehört, wenn er einer nothwendigen Liquidation ausweicht q).

§. 103.

Dessen Wirkungen.

Die Wirkungen des Verzugs sind Theils gemeinschaftliche, Theils einer Art desselben eigenthümliche. I) Allgemeine Wirkungen sind, 1) dafs die Verbindlichkeit perpetuirt wird, d. h. dafs der Säumige die Gefahr der Sache trägt. Diese Regel scheint nach manchen Gesetzen unbedingt r), mufs aber doch dahin beschränkt werden, dafs der säumige Schuldner, den Dieb und gewaltsamen Besitzer nicht ausgenommen s), alsdann vom Schadensersatz frey ist, wenn die Sache ungeachtet der Ablieferung auch bey dem Gläubiger den

n) L. 23. §. 1. L. 40. de recept. (4. 8.) L. 40. de her. pet. (5. 3.) L. 5. de R. C. (12. 1.) L. 37. mand. (17. 1.) L. 12. §. ult. L. 14. §. 1. depos. (16. 3.) L. 21. §. 3. L. 51. de act. E. V. (19. 1.) L. 21—24. 32. pr. L. 47. de usur. (22. 1.) L. 63. de R. I. (50. 17.) cap. 6. X. de pignor. (3. 21.). Abweichend ist, besonders wegen L. 137. §. 4. de V. O. (45. 1.), wo aber nicht von mora, sondern von dem Anfange der obligatio die Rede ist, Schöman Handb. 2. B. S. 291—235. S. dagegen H. Ratjen de mora. Kil. 1824. p. 7—9. H. Lotz de morae initio. Wirceb. 18. p. 20—38.

o) S. überh. A. Ferretus de mora et interesse. Lugd. 1564. Frkf. 1586. Osnbr. 1675. H. de Cocceii de mora. Heidelb. 1680. (Exerc. T. 1. n. 59.). C. F. G. Meister D. morae notion. iuridicam sistens (opusc. T. 1.). C. G. Wehrn doctr. iur. explicatr. princ. et causs. damni etc. Lips. 1795. p. 292—346., und die in not. n. citirten Abhandlungen.

*) Die Illiquidität wendet die mora mit ihren Folgen ab. L. 3. pr. de usur. (22. 1.) L. 89. §. 1. ad L. Falc. (35. 2.) Archiv für civil. Prax. 9. B. 1. St. nr. 6.

p) L. 37. mandati (17. 1.) L. 72. pr. de solut. (46. 3.). R. Teller de mora creditoris. Lips. 1765.

q) L. ult. C. de usur. pupillar. (5. 56.).

r) L. 40. de her. pet. (5. 3.) L. 15. §. 3. de R. V. (6. 1.) L. 12. §. 4. ad exhib. (10. 4.) L. 5. §. ult. de in lit. iur. (12. 3.) L. 23. de const. pec. (13. 5.) L. 14. §. 1. depos. (16. 3.) L. 47. §. 6. L. 108. §. 11. de legat. 1. (30.) L. 23. de V. O. (45. 1.).

s) L. 14. §. 11. quod m. c. (4. 2.). A. M. sind Viele wegen L. 8. §. 1. L. ult. de cond. furtiv. (13. 1.) L. 9. C. de furt. (6. 2.). Wehrn l. c. p. 318. not. 21.

Zufall würde erlitten haben t), welches der Säumige zu beweisen hat u); 2) durch den Verzug wird alles, auf den Fall desselben Versprochene, verwirkt x). II) Der Verzug des Schuldners hat zur Folge 1) die Verpflichtung, Zinsen, wenigstens bey den Römern *in bonae fidei iudiciis*, so wie die Pflicht, Früchte und das Interesse zu zahlen y); doch können diese Nebendinge, wenn der Säumige nicht arglistig verfuhr z), nach erloschener Hauptklage durch keine besondere Nebenklage eingefodert werden a); 2) der Gläubiger kann die ihm obliegende Gegenverpflichtung so lange unerfüllt lassen, bis der Schuldner das Seinige geleistet hat b); 3) der Säumige ist wegen des geringsten Versehens verantwortlich c); 4) der Gläubiger erhält daraus bey alternativen Verbindlichkeiten zwar nicht allgemein d), aber doch in Einer Rücksicht, das, dem Schuldner sonst zugestandene Recht der Wahl e), und kann 5) von einem Vertrage ganz abgehen, wenn ihm derselbe durch den Verzug unnütz geworden ist f); 6) der Werth der Sache, welchen der säumige Schuldner auf Verlangen dem Gläubiger leisten muſs, wird durch den Verzug erhöhet g), d. h. wenn a) die Sache zu Grunde gegangen ist, so muſs der höchste Werth gegeben werden, den dieselbe vom Anfang des Verzugs bis zu ihrem

t) L. 14. §. 11. cit. L. 15. §. 3. de R. V. (6. 1.) L. 14. §. 1. deposit. (16. 3.) L. 45. de O. et A. (44. 7.). Ueber die verschiedenen Ideen s. G. Prousteau recit. ad L. 23. de R. I. cap. 27. §. 23—29. Meermann Th. T. 3. I. A. Reichardt de oblig. casum tollente. Ien. 1767. §. 5. Emminghaus ad Cocceii L. 5. T. 3. qu. 19. Schöman Handb. 2. B. S. 335—342.

u) Prousteau l. c. §. 28.

x) L. 40. de R. C. (12. 1.).

y) L. 3. pr. L. 32. §. 2. L. 38. §. 1. 14. de usur. (22. 1.) L. 17. §. 1. de r. v. (6. 1.).

z) L. 61. §. 3. de furt. (47. 2.) L. 78. de R. I. (50. 17.). Glück Comm. §. 331.

a) L. 129. §. 1. L. 178. de R. I. (50. 17.) L. 26. pr. C. de usur. (4. 32.) L. 4. C. depos. (4. 34.).

b) L. 13. §. 8. L. 25. de act. E. V. (19. 1.) L. 21. C. de pact. (2. 3.) cap. 3. 23. X. de sponsal. (4. 1.).

c) L. 17. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 14. §. 11. de furt. (47. 2.).

d) L. 106. L. 138. §. 1. de V. O. (45. 1.). Kurrer de obligat. alternativa cap. 6. n. 83. Allgemein drücken sich aus Wehrn l. c. §. 48. n. III. Glück §. 330. Archiv für civilist. Praxis. 1. B. 3. Hft. S. 325—328.

e) Siehe oben §. 95.

f) L. 135. §. 2. de V. O. (45. 1.) L. 6. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.).

g) L. 21. §. 3. de act. E. V. (19. 1.). Vergl. überh. Huber prael. ad P. L. 13. T. 3. §. 5—10. und über die mannigfaltigen abweichenden Ideen Andrer in Betreff dieses Puncts Voet eod. Tit. §. 8. Leyser Sp. 150. m. 3. Wehrn l. c. §. 70—73. Winkler Diss. de lit. cont. Sect. 2.

Untergange h), sonst aber b) je nachdem das Geschäft *bonae fidei* oder *stricti juris* war, der höchste Werth, den sie vom Anfang des Verzugs bis zum Endurtheil, oder bis zur Einlassung hatte i); jedoch wird im Fall eines bestimmten Zahlungs-Tages auf den, an diesem stattfindenden Werth gesehen k). Dieselben Zeitpuncte sind zu berücksichtigen, wenn der Beweis durch den Eid des Beschädigten geführt wird *). III) Der Verzug des Gläubigers bewirkt, 1) dafs der Schuldner von allen, unter n. II. gedachten Strafen des Verzugs befreyt bleibt l); 2) dafs der Schuldner nur blofs noch wegen grober Versehen haftet, und die Gefahr der Sache nicht trägt, wenn diese ohne ein solches Versehen zu Grunde geht m); 3) dafs dem Schuldner bey zweyseitigen Geschäften die Einrede des nicht erfüllten Contracts nicht entgegengesetzt werden kann n), und 4) dafs der Gläubiger, welcher den Werth einer Sache zu fodern berechtigt ist, nur den geringsten Werth verlangen kann o).

§. 104.

Abwendung derselben.

Die Wirkungen des Verzugs werden, unter Vorbehalt aller Entschädigungsansprüche, abgewandt *(mora purgatur)*, wenn der Säumige seine Verbindlichkeit erfüllt, oder, falls kein bestimmter Tag gesetzt war **), sich zur Erfüllung bereit erklärt, bevor

§. 7. Sect. 3. §. 7. Pufendorf T. 2. Obs. 41. §. 14. Glück Comm. 4. Bd. S. 418. not. 64. 13. B. S. 271—300. Medit. über versch. R. M. 5. B. n. 70. Gans Obligationenrecht. S. 58—70. Ueber den Sächsischen Gerichtsgebrauch s. Gottschalk Disc. for. c. 14.

h) L. 3. de cond. tritic. (13. 3.).

i) L. 3. 4. eod. L. 8. §. 1. de cond. furt. (13. 1.) L. 3. §. 3. de act. E. V. (19. 1.).

k) L. 22. de R. C. (12. 1.) L. 4. de cond. tritic. (13. 3.).

*) C. v. Eck de septem LL. damn. Pand. c. 1. §. 3. A. M. ist Faber Err. Pr. P. 1. Dec. 17. Er. 6.

l) L. 122. §. 3. de V. O. (45. 1.) L. 72. pr. de solut. (46. 3.) L. 23. §. ult. L. 24. L. 43. de recept. (4. 8.).

m) L. 17. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 9. solut. matrim. (24. 3.) L. 72. pr. de solut. (46. 3.).

n) L. 9. §. 5. de pign. act. (13. 7.) L. 23. 25. de act. e. v. (19. 1.) L. 11. C. de usur. (4. 32.).

o) L. 3. §. ult. de act. E. V. (19. 1.). Wehrn l. c. §. 48.

**) Denn hier gilt die Regel: dies interpellat pro homine. L. 22. §. ult. de recept. (4. 8.) L. 5. de R. C. (12. 1.) L. 47. de act. e. v. (19. 1.) L. 9. de naut. foen. (22. 2.) L. 23. de O. et A. (44. 7.) L. 77. de V. O. (45. 1.) L. 5. pr. de oper. publ. (50. 10.) L. 12. C. de contrah. stip. (8. 38.) Archiv für civil. Prax. 6. B. 1. Hft. nr. 2. Lotz l. c. p. 48—63. A. M. sind Archiv für civil. Prax. 5. B. 2. Hft. nr. 8. Ratjen l. c. p. 21—32. Wo nun diese Regel eintrit, da

dieselbe förmlich der Gegenstand eines Rechtsstreits geworden ist p); wenn die Verbindlichkeit sonst getilgt wird q), oder der Erfüllung derselben rechtliche Gründe entgegentreten r). Sind Gläubiger und Schuldner säumig, so hebt sich der gleichzeitige Verzug gegenseitig, und der spätere den früheren auf s).

§. 105.

Zeitpunct des Anfangs des Verzugs.

Die vorerwähnten Wirkungen des Verzugs treten in der Regel, selbst wenn ein Recht bedingt war, und die Bedingung in Erfüllung ging t), nicht eher ein, als bis der Verpflichtete oder dessen Vorgesetzter u) zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aufgefodert (interpellirt) ist *(mora ex persona)* x); jedoch kann auch durch Verträge oder Gesetze ein bestimmter Tag zur Leistung festgesetzt seyn, in welchem Fall der Verzug *(mora ex re, in re, in rem)* von selbst ohne Auffoderung mit seinen Folgen eintrit y). Für den, durch die Gesetze begründeten Verzug stellt man gewöhnlich die beiden Regeln auf, daſs bey einer diebischen Ergreifung *eo ipso*, bey zweyseitigen Geschäften aber der Verzug sofort mit der von dem einen Theil geschehenen Leistung für den andern anfängt z). Damit den Schuldner durch Auffoderung die Wirkung des Verzugs treffe, ist ein, bloſs auſsergerichtliches Mah-

gibt es keine purgatio morae; doch schadet eine, dem Gläubiger unbedeutende Zeit auch hier nicht. L. 23. pr. de recept. (4. 8.) L. 135. §. 2. de V. O. (45. 1.) cap. 4. X. de locato (3. 18.). Cuiac. opp. T. 1. p. 1410. 1411. T. 5. p. 855. T. 9. p. 1266.

p) L. 73. §. ult. L. 84. L. 91. §. 3. L. 135. §. 2. de V. O. (45. 1.) L. 17. de const. pec. (13. 5.) L. 72. pr. de solut. (46. 3.) L. 23. pr. de recept. (4. 8.) Schöman Handb. 2. B. S. 311—315. Wernher lectiss. comment. L. 18. T. 3. §. 6.

q) L. 8. pr. de novat. (46. 2.). Glück Comment. 4. B. §. 330. a. E.

r) L. 40. de R. C. (12. 1.) L. 21. 22. 23. de usur. (22. 1.).

s) L. 23. §. 1. de recept. (4. 8.) L. 26. L. 39. solut. matr. (24. 3.) L. 51. de act. E. V. (19. 1.) L. 17. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). Wehrn l. c. p. 330—32. Irrige Ideen hat Hellfeld iurispr. for. §. 331.

t) Glück Comm. §. 329. not. 15. Höpfner Comm. §. 755. not. 2.

u) L. 20. §. 11. de her. pet. (5. 3.) L. 32. §. 1. de usur. (22. 1.) L. 24. L. 49. §. 2. de V. O. (45. 1.).

x) L. 32. pr. de usur. (22. 1.).

y) S. vorhin §. 104. not. **).

z) Die erste Regel beweist L. 8. §. 1. L. 20. de condict. furt. (13. 1.) L. 1. §. 34. 35. L. 16. L. 19. de vi (43. 16.); die zweyte entlehnt man aus L. 13. §. 20. L. 47. in f. de act. e. v. (19. 1.) L. 5. C. eod. (4. 49.) L. 5. §. 1. 2. praescr.

nen hinreichend a); damit hingegen diese Folgen von dem Schuldner abgewandt werden, und die Strafen des Verzugs des Gläubigers den letzten treffen, mufs der Schuldner dem Gläubiger, oder denen, welche derselbe zur Annahme bevollmächtigte b), die Leistung dessen gehörig anbieten, was ihm zu leisten obliegt c). Doch kann die bey Immobilien überhaupt undenkbare, reelle Oblation offenbar nur dann vom Schuldner verlangt werden, wenn er vermöge der Natur seiner Verbindlichkeit die Sache zu dem Gläubiger hintragen mufs d). Die Versiegelung und gerichtliche Niederlegung (§. 111.) ist eben so wenig dazu, dafs der Gläubiger *in mora* versetzt werde, erfoderlich e), und es ist eben so falsch, wenn man diefs verlangt, als wenn man behauptet, das Anbieten hemme den Lauf der, nicht aus dem Verzuge entstandenen Verbindlichkeiten, oder wenn man leugnet, dafs der Lauf der, durch Verzug entstandenen Verbindlichkeiten dadurch nicht sistirt werde f). Bey Factis befreyet das blofse Anbieten von der ganzen Leistung g).

§. 106.

I) Vollständige Erfüllung.

Eine Verbindlichkeit mufs endlich 9) ganz erfüllt werden. Die theilweise, selbst beynahe vollständige Erfüllung einer Verbindlichkeit wird in ihren Folgen juristisch der gänzlichen Nichterfüllung

verb. (19. 5.). Allein die Zinspflicht folgt hier aus dem Genufs der erhaltenen Sache. L. 5. §. 1. praescr. verb. (19. 5.). Ratjen l. c. p. 18—20. Schöman Fragen. S. 43—45.

a) Denn sie ist keine Selbsthülfe. Wehrn l. c. p. 304. not. 20. A. M. ist Madihn princ. iur. R. T. 1. §. 121.

b) L. 11. 12. de pact. (2. 14.) L. 34. §. 3. de solut. (46. 3.). Bey einer solchen Vollmacht bedarf es denn zur mora der Wissenschaft des Principals nicht, welche Pufendorf T. 3. Obs. 168. allgemein fodert.

c) L. 9. §. ult. de pign. act. (13. 7.) L. 73. §. ult. L. 122. pr. de V. O. (45. 1.) L. 39. L. 72. pr. de solut. (46. 3.) L. 6. 19. C. de usur. (4. 32.) Nov. 91. c. 2. I. E. Schweiling de oblatione. Bremae 1705.

d) Man streitet viel über diesen Punct. Lotz l. c. p. 63—81.

e) L. 72. pr. de solutt. (46. 3.) L. 23. §. ult. L. 24. L. 43. de recept. (4. 8.). Voet L. 46. T. 3. n. 28. 29. Wehrn p. 298. fgg.

f) L. 9. L. 19. C. de usur. (4. 32.) vergl. mit L. ult. C. de usur. pupillar. (5. 56.) L. 28. §. 1. de administr. tutor. (26. 7.). — Dieser Mittelweg ist zwischen Hellfeld D. de oblatione debiti usurar. init. non vero ear. curs. impediente. Ien. 1778. und Wehrn l. c. p. 301. 344. 45. in notis zu wählen.

g) L. 39. de R. I. (50. 17.).

gleichgesetzt h). Hat indeſs der Richter die Erfüllung einer Verbindlichkeit unter Androhung einer Strafe befohlen, so fällt die letzte weg, wenn der gröſste Theil der Verbindlichkeit erfüllt ist i); auch gibt es gewisse Fälle, da dem Schuldner, wenn er sich nicht durch seine Geschicklichkeit ernähren kann k), bis dahin, daſs er vermögend wird, soviel, als zu seiner Ernährung nöthig ist, gelassen werden muſs *(condemnatio in id quod facere potest)*. Von dem, welchem dieses Vorrecht zusteht, sagt man jetzt, er habe die Wohlthat der Competenz *(benef. competentiae)* oder das *privilegium deductionis* l).

§. 107.

Ausnahme bey dem b. competentiae.

Auf Gestattung der Competenz kann entweder der Schuldner selbst dringen *(b. c. ex proprio iure)*, oder ein Dritter *(b. c. ex persona tertii)*. Für den letzten Fall muſs man die Regel annehmen: Jeder, welcher dem Schuldner etwas gegeben hat, damit er sich davon unterhalte, kann, wenn er ein Interesse dabey hat, verlangen, daſs der Gläubiger demselben den nöthigen Unterhalt lasse, aus welchem Grunde man aber weder überhaupt Regenten und Prinzen, noch auch Städten jene Wohlthat geben kann m). Für den ersten hingegen gilt natürlich der Grundsatz: Niemandem steht die Competenz zu, welcher nicht besondere gesetzliche Privilegien, oder was denselben gleich ist *), darüber hat. Zu diesen privilegirten Personen gehören: 1) alle, welche vormals ihr gesammtes Vermögen ihren

h) L. 47. de act. E. V. (19. 1.) L. 5. §. 3. 4. L. 85. §. 6. de V. O. (45. 1.).

i) Cap. 9. X. de poen. (5. 37.).

k) Coler Dec. c. 3. n. 125. Manz patrocin. debitor. Dec. 3. qu. 7. n. 128. Carpzov P. 1. c. 32. Def. 16. n. 5.

l) Den obigen Begriff des beneficii comp. rechtfertigen L. 173. pr. de R. I. (50. 17.) L. 4. pr. L. 7. de cess. bon. (42. 3.) L. 5. §. 7. C. de rei ux. action. (5. 13.). Meine civil. Abh. S. 346—349. A. M. ist Schöman Handb. 2. B. S. 61—74. Vergl. überh. Wernher Obs. P. 7. Obs. 85. E. F. Goclenius de benef. comp. Rint. 1702. E. Tenzel de eod. arg. Erf. 1719. Hellfeld de benefic. comp. ex proprio aeque ac tert. iure competent. (in opusc. n. 25.). A. Hoch über die von der Güterabtretung ausgenommenen Gegenstände. Tübing. 1815.

m) Vergl. Manz patrocin. debitor. qu. 4. n. 137. Mevius discuss. levam. debit. c. 4. Sect. 7. n. 37. Hellfeld l. c. §. 15. fgg. mit Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 508. 515. C. Horn de b. c. civitatt. non competente. Viteb. 1706.

*) L. 49. de pact. (2. 14.) L. 26. de re iudic. (42. 1.). Savigny Zeitschr. 4. B. S. 415.

Gläubigern abgetreten haben, sowohl im Verhältnifs zu diesen, als zu ihren neuen Gläubigern [n]), welche ersten aber auf keinen Fall in Concurrenz mit neuen Gläubigern den letzten nachstehen müssen [o]); 2) Eltern und Kinder gegenseitig [p]); 3) Geschwister [q]), und die denselben gleichgesetzten, in einer allgemeinen Gütergemeinschaft stehenden Gesellschafter, nicht die besonderen [r]); 4) Ehegatten [s]), so wie 5) der Patron und Freygelassene [t]); ferner 6) der Schenker, welcher aus der Schenkung belangt wird [u]); 7) der Schwiegervater, insofern der Schwiegersohn in stehender Ehe gegen ihn klagt. Nach getrennter Ehe hat er wegen der Brautgabe nur dann diese Wohlthat, wenn ihm keine Arglist erwiesen wird [x]); 8) wahre, im Dienst des Staats befindliche Soldaten [y]), und überhaupt der Haussohn, welcher auf sein militairisches Sondergut ausgeklagt wird [z]), aus welchem Vorrechte der Soldaten Viele, aber ohne Grund [a]), auf Geistliche [b]), Doctoren des Rechts [c]), oder gar auf die Doctoren aller Facultäten und auf Advocaten einen Schlufs gemacht haben [d]); 9) der, aus der väterlichen Gewalt

n) L. 4. 6. 7. de cess. bonor. (42. 3.). Lauterbach coll. L. 42. T. 1. §. 38. Meine civil. Abh. S. 350—358. A. M. sind Viele mit Albericus ad Cod. L. 7. T. 72. c. 3. Cuiac. parat. et comm. ad C. ibid. (opp. T. 5. p. 517. T. 9. p. 1150.).

o) Meine civil. Abh. a. a. O. A. M. ist Ulmann de locatione creditorum in iterata eiusdem debitoris cessione. Ien. 1804.

p) L. 16. 30. de re iudicata (42. 1.). I. V. Bechmann de ben. comp. Ien. 1676. c. 2. §. 1. Das: gegenseitig leugnen Manche. Wening Civ. R. 2. B. §. 24.

q) L. 63. pr. pro socio (17. 2.). Meine Theor. d. log. Ausl. §. 23.

r) Denn darüber widersprechen sich L. 63. pr. cit. und L. 16. citat. — Mancherley Vereinigungsversuche findet man freilich bey Cocceii L. 17. T. 2. qu. 13. Voet eod. Tit. §. 20. Boehmer ius D. ibid. §. 24. Dabelow S. 161. 162. Schöman Handb. 2. B. S. 72. 73. 363. 364. Glück Comm. 1. B. §. 967. Archiv für civil. Prax. 2. B. 2. St. nr. 21. 22. 3. St. nr. 33.

s) L. 20. de re iudic. (42. 1.) L. 35. de neg. gest. (3. 5.) L. 28. sol. matr. (24. 3.). Glück Comm. 27. B. S. 351—373.

t) L. 17. de re iudic. (42. 1.).

u) L. 19. §. 1. eod.

x) L. 21. 22. eod. vergl. mit L. 84. de iure dot. (23. 3.) L. 17. 32. solut. matr. (24. 3.). Glück Comm. 25. B. S. 187—192. Etwas abweichend ist Voet L. 23. P. 3. §. 8.

y) L. 18. eod. Dabelow S. 506. 507. a. M. i. Hellfeld l. c. §. 12.

z) L. 7. de castr. pecul. (49. 17.) L. 4. C. de exc. rei iudic. (7. 53.).

a) Zufolge §. 49. Horn l. c. §. 14.

b) S. Stryk U. M. L. 42. T. 3. §. ult.

c) Berlich P. 1. Concl. 80. n. 53.

d) A. Kaestner de b. c. advocatis competente. Lips. 1736.

entlassene Sohn, welcher wegen der, unter der Gewalt von ihm contrahirten Schulden belangt wird e), und zwar nicht lange nach aufgehobener väterlicher Gewalt f), insofern er nämlich nichts, oder nur einen kleinen Theil, d. h. einen, der Gröfse der Schuld nicht angemessenen Theil, von der väterlichen Erbschaft erhalten hat g); endlich 10) wenn nach getrennter Ehe die Brautgabe zurückgefodert wird, der defshalb belangte Mann, dessen Vater und Kinder h). Aus falschem Erbarmen setzen Manche i) noch alle im Kriege ruinirten Bürger hieher.

§. 108.

Fortsetzung. Die Wohlthat der Competenz fällt aber wieder in den genannten Fällen weg, 1) wenn Jemand derselben entsagt, welches jedoch dem Ehemann, aber nur diesem, verboten ist k); doch ist die gänzliche Cession dieses Vorrechts unerlaubt l), weil dasselbe, wenn es auch gegen die Erben geltend gemacht werden kann m), nicht auf die Erben activ übergeht n), und selbst den Bürgen nicht nutzt o); 2) wenn er wegen einer Arglist belangt wird, und diese gegen ihn angeführt werden kann p); 3) wenn er schon gezahlt hat; denn sie kann in der Regel nur durch Einreden, wiewohl bis zur Execution q), geltend gemacht werden r); 4) nach der, freilich nicht gehörig begründeten Meynung Vieler, wenn

e) L. 2. pr. §. 1. L. 4. pr. quod cum eo (14. 5.).

f) L. 4. §. 4. eod. Voet eod. Tit. §. 4.

g) L. 2. pr. eod. Schilter Ex. 27. §. 57.

h) L. 12. L. 13. L. 15. §. ult. L. 16. L. 18. pr. L. 28. sol. matr. (24. 3.) L. un. §. 7. C. de rei ux. act. (5. 13.). Lauterbach coll. L. 24. T. 3. §. 12.

i) Manz patrocin. debitor. Dec. 3. qu. 2. Allein s. Horn l. c. §. 15.

k) L. 14. §. 1. sol. matrim. (24. 3.). Hellfeld §. 8. vergl. mit Dabelow S. 164. Viele verwerfen ganz die Entsagung I. P. Surdus tr. de alimentis Tit. 8. privil. 56. n. 53. fgg.

l) Ueber die verschiedenen Ideen: G. A. Joachim de cessione benef. comp. Lips. 1733. §. 10. fgg.

m) L. 27. solut. matr. (24. 3.). Horn l. c. §. 18.

n) L. 12. 13. eod. L. 24. §. 1. L. 25. de re iudic. (42. 1.).

o) L. 24. pr. eod. L. 7. pr. de except. (44. 1.). Horn l. c. §. 17.

p) L. 22. §. 1. de re iudic. (42. 1.).

q) Horn l. c. §. 22. Carpzov P. 1. c. 32. def. 15.

r) L. 17. §. 1. sol. matr. (24. 3.) L. 7. pr. de except. (44. 1.). Ein anderes ist der Fall, wenn er eine cessio bonorum vorgenommen hat. L. 3. 5. de cess. bonor. (42. 3.). Hellfeld §. 27. Dabelow S. 168. 169.

der Gläubiger selbst der Alimente bedarf [s]). Uebrigens hat der Schenker das Vorrecht, daſs er, wenn er sich auf die Competenz beruft, vorher alle seine, aus andern Gründen entsprungenen Schulden abrechnen darf [t]), so wie Jeder, welcher seine Zahlungspflicht auf sein Können stellte [*]). Auch versteht es sich, daſs das Maaſs der Alimente allein nach dem Stande und Bedürfniſs des Schuldners zu bestimmen ist [u]).

§. 109.

K) Ueber Zahlung im Fall mehrerer Schulden.

Zahlt Jemand, welcher mehrere Posten schuldig ist, so entsteht die Frage: auf welchen die Zahlung abzurechnen ist [x])? Man unterscheide, I) der Schuldner (und was diesem gleich ist: ein Stellvertreter desselben, z. B. der Vormund, oder ein Concursgericht) bezahlt den Gläubiger. Alsdann hat entweder 1) der Zahlende erklärt, worauf er bezahlt haben wolle: so bleibt es dabey [y]), 2) oder nicht. Im letzten Fall kann der Empfänger, wenn er sich a) sofort erklärt, das Empfangene bey gleichen Umständen abrechnen, auf welche Foderung er will; ist aber die eine dem Schuldner lästiger als die andre, so muſs er jene zuerst tilgen [z]). Erklärt er sich aber b) nicht sofort beym Empfange, so hat er keine weitere Wahl, und muſs die Abrechnung machen, zuerst auf die Zinsen; dann auf fällige Capitale; sodann vorzugsweise auf das, was der Schuldner für sich selbst zu zahlen hat; nächstdem auf die ältere Schuld; und endlich auf die, welche den Schuldner sonst am mehrsten belastet [a]). Ist Alles gleich, so erlischt von jeder Foderung ein verhältniſsmäſsiger Theil [b]). II) Macht sich der Gläubiger (z. B. durch Veräuſserung des Pfan-

s) Vergl. Goclenius l. c. §. 20. Horn l. c. §. 19.

t) L. 19. §. 1. de re iudic. (42. 1.).

*) L. 125. de V. S. (50. 16.).

u) Goclenius l. c. §. 19. Carpzov P. 1. C. 32. Def. 16.

x) Vergl. überh. H. Hildebrand de imputat. solut. ex plur. nominibus. Alt. 1728. Averan int. L. 5. c. 32. Wiesand opusc. Sp. VII. n. 1. Pufendorf T. 2. Obs. 176. Hommel rhaps. Obs. 539. Müller ad Leyser Obs. 879. Hagemann und Bülow pract. Rechtserört. 1. B. n. 71. I. H. A. Mittag de solut. quae fit ab eo qui ex plur. causs. debit. alter. exist. Rost. 1795. C. T. Gmelin de graviori caussa in quam a debitore ex pluribus caussis solutio facta esse praesumatur. Tub. 1801.

y) L. 1. de solut. (46. 3.).

z) L. 1. L. 3. L. 89. eod.

a) L. 1. L. 3. §. 1. L. 4. L. 5. pr. L. 7. eod. L. 1. C. eod. (8. 43.).

b) L. 8. D. eod.

des) selbst bezahlt: so kann er sich nach Belieben die Foderung bezahlen, welche er will c).

§. 110.

Beweis der Zahlung.

Die Zahlung wird übrigens nicht vermuthet, sondern muſs bewiesen werden. Dieſs kann geschehen durch Quitungen, oder auf andre Art d); doch beweisen die letzten, wenn sie nicht öffentliche sind, erst nach 30 Tagen e). Bey jährlichen Abgaben an den Staat entspringt aus den ununterbrochenen Quitungen über die, 3 Jahre geschehene Zahlung eine einstweilen voll beweisende rechtliche Vermuthung, daſs alles Vorhergehende entrichtet sey f); welches man auf alle Quitungen, und sogar nach einem verjüngten Maaſsstabe auf monatliche, vierteljährige Gefälle u. s. w. auszudehnen pflegt g). Eine eben solche Vermuthung entspringt aus der Corruption der wesentlichen Theile des Schuldscheins h), so wie daraus, wenn der Schuldschein sich im Besitz des Schuldners befindet i).

§. 111.

Deposition der Schuld.

Der Schuldner ist berechtigt, zu verlangen, daſs der Gläubiger die ihm, nach den bisher entwickelten Grundsätzen gehörig angebotene Zahlung annehme. Weigert er sich dessen, so kann der Schuldner durch gerichtliche Niederlegung der Sache, nach vorgängiger Versiegelung derselben, wenn sie dazu geartet ist, sich gänzlich von seiner Verbindlichkeit befreyen, und wenn die Sache unbeweglich ist, durch blo-

c) L. 101. §. 1. eod.

d) Vergl. hier Hofacker T. 3. §. 4115. Ob der Gläubiger eine Quitung geben muſs? S. Archiv für civilist. Praxis. 4. B. 1. Hft. nr. 4.

e) L. 14. §. 2. C. de non num. pec. (4. 30.).

f) L. 3. C. de apoch. public. (10. 22.).

g) Mascard de prob. concl. 1327. Menoch de praes. L. 3. pr. 139. Faber in C. L. 8. T. 30. D. 32. Carpzov P. 2. C. 1. D. 7. 8. C. W. Strecker de solut. triennali ad L. 3. C. de apoch. publ. Erf. 1736. R. C. Henne de solutione triennali. Erf. 1773. Leyser Sp. 530. Dawider ist: Archiv für civilist. Praxis. 4. B. 1. Hft. nr. 3.

h) L. 24. de probat. (22. 3.). C. H. Breuning an chirographum cancellatum inducat debiti remissionem. Lips. 1769.

i) L. 14. 15. C. de solut. (8. 43.). W. A. Lauterbach de tacito pacto remissorio ex redditione chirogr. praesumto. Tub. 1667. (Diss. T. 1. n. 20.). I. I. Scherz de redditione chirographi. Arg. 1734.

ſses Verlassen derselben k). Die Deposition muſs bey dem competenten Richter des Gläubigers, oder dem Richter des zur Zahlung verabredeten Orts geschehen l); auch ist es, zwar nicht nach den Gesetzen, aber wegen der schwankenden Praxis, räthlich, den Gläubiger zur Deposition vorladen zu lassen m). Der letzte, dessen Recht gegen den Schuldner sofort nebst allen Anhängen durch die Deposition aufgehoben wird n), ohne daſs er jedoch durch die Deposition an sich das Eigenthum der deponirten Sache erwirbt o), kann dann die Sache abfodern, wo sie liegt p); doch ist dem Schuldner die Rückfoderung bis dahin nicht zu versagen, wenn er seine Schuld wieder herstellen will, wodurch aber die Schuld Andrer, welche nebenbey durch die Deposition erlosch, nicht wieder auflebt q).

§. 112.

II) Bestärkung der Verbindlichkeit.

Die wirkende Kraft einer Verbindlichkeit liegt in ihrer inneren Natur, und es bedarf dazu an sich keiner weitern Antriebe. Indeſs kann die Verpflichtung durch psychologische Reize verstärkt werden. Dieſs geschieht besonders durch Androhung einer gesetzlichen Strafe, durch den Eid, und die Conventional-Strafe. Nur von den beiden letzten ist hier zu handeln; über die erste gibt das Criminal-Recht Aufschluſs.

§. 113.

1) durch den Eid.

Unter dem Eide r) versteht man jede,

k) L. 1. §. 36. depos. (16. 3.) L. 6. 9. 19. C. de usur. (4. 32.) L. 9. C. de solut. (8. 43.). Nov. 91. c. 2. Lauterbach D. de deposito iuris. Tub. 1660. (Diss. VII. n. 63.). G. Schulz de oblat. obsignat. et depositione pecuniae rei sibi debitae. Viteb. 1632. F. Tidemann de depositione debiti iudiciali eiusque effect. Goett. 1776. Noodt de foen. et usur. L. 3. c. 15. Ganz abweichende Ideen s. im Archiv für civilist. Praxis. 3. B. 1. St. nr. 9. S. dagegen das angef. Archiv 5. B. 3. Hft. S. 332—337.

l) L. 9. L. 19. cit. Pütter Rechtsf. 1. B. 4. Thl. S. 973. fgg.

m) Lauterbach l. c. §. 17. Glück Comm. 4. B. §. 330. not. 75.

n) L. 9. C. de solut. (8. 43.). Lauterbach l. c. §. 23. 25. 27.

o) Lauterbach l. c. §. 29.

p) L. 19. C. de usur. (4. 32.).

q) L. ult. de pact. (2. 14.). Voet Lib. 46. T. 3. §. 29. Vergl. auch Lauterbach §. 31.

r) S. überh. I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 24. S. Stryk de cautel. iuramentorum. Hal. 1719. I. F. Malblank doctr. de iureiur. ed. 2. Tubing. 1820. C. G. de Winkler ad doctr. de iureiur. flores sparsi. (op. min. Vol. 2. p. 246—302.). I. v. Schmidt

mündliche oder schriftliche[s]) Betheurung unter Anrufung eines göttlichen Wesens [t]), also jetzt unter Anrufung Gottes [u]). Geschieht diefs in der Absicht, um die Wahrheit einer Aussage zu bekräftigen, so heifst der Eid: Versicherungs-Eid *(iuramentum assertorium)*; soll hingegen eine Verbindlichkeit dadurch bestärkt werden, so heifst er: Verpflichtungs-Eid *(iuramentum promissorium)*. Ueber den ersten ist im Procefs, über den letzten an diesem Ort zu handeln [x]).

§. 114.

Fortsetzung. Nach dem, in §. 74. aufgestellten Grundsatz sollte eigentlich der Verpflichtungs-Eid dem Verpflichteten nur neue moralische Antriebe geben, nicht aber die rechtliche Natur der Verbindlichkeit in irgend einigem Betracht ändern, also weder eine gesetzlich vernichtete, noch eine eingeschränkte Verbindlichkeit vollgültig machen. Das Römische Recht hat auch, wenige Ausnahmen abgerechnet [y]), wirklich diesen Satz befolgt [z]); allein das Kanonische stellt dagegen für den Schwörenden die Regel [a]) auf: dafs jede bürgerlich vernichtete und eingeschränkte Verbindlichkeit vollgültig wird, sofern sie durch einen Eid bekräftigt ist, welcher zu keiner moralischen Schändlichkeit führt, mit Verstand, also von einem Mündigen [b]) ohne Irrthum, Zwang und Betrug [c]) abgeleistet ist, und dem Rechte eines Dritten, also auch

Phiseldek über den Eid. Helmst. 1798.

s) L. 3. C. si minor se maiorem (2. 43.). C. I. Harprecht de iuram. in script. praestito. Tub. 1754.

t) L. 3. §. ult. L. 4. L. 5. §. 1. 2. L. 13. §. ult. L. 33. de iureiur. (12. 2.) L. 2. C. de R. C. (4. 1.). Falk in den Eranien 2. St. S. 110—116. Viele gehen hier weiter: Malblanc de iureiur. §. 6. 15. 27. 29. Cocceii I. C. L. 12. T. 2. qu. 6. 7. 8. Stryk U. M. eod. Tit. §. 6.

u) Winkler l. c. obs. 1. 2. 3. 4. 5. 9. 10. Müller ad Leyser Obs. 302.

x) S. überh. P. M. Rechtenbach de vi et efficacia iuram. promissorii. Altd. 1688. G. I. Burchard de effectu iurisiur. promissorii. Rost. 1788.

y) L. 7. pr. §. 1. de oper. libert. (38. 1.) L. 36. de manum. test. (40. 4.). Eine Regel bildet daraus Winkler l. c. Obs. 14.

z) L. 7. §. 16. de pact. (2. 14.) Nov. 82. c. 11. Malblanc §. 81—83.

a) Meine log. Ausl. 2. Aufl. §. 16. A. M. ist Weber nat. Verb. §. 120. Den Erben trifft hier die Gewissenspflicht nicht. Gesterding Nachforschungen 1. B. S. 82—84.

b) can. 14. c. 22. qu. 5. can. 15. c. 22. qu. 5.

c) Zum Theil abweichend über erzwungene Eide ist Franzke resol. L. 2. qu. 3. 4.

dem öffentlichen Besten, keinen Eintrag thut d). Indefs wird doch auch nach Kanonischem Recht das Object der Verbindlichkeit durch den Eid nicht geändert, sondern nur die Leistung dessen, was ohne das bürgerliche Verbot hätte gefodert werden können, zur absoluten Pflicht gemacht e).

§. 115.

2) durch Conventional-Strafen.

Das zweyte Bestärkungsmittel ist die Conventional-Strafe, worunter man Alles versteht, was sich Jemand, auf den Fall einer nicht erfüllten Verbindlichkeit, von dem Verpflichteten versprechen läfst. Folgende Regeln enthalten darüber die nöthigen Bestimmungen. I) Die Conventional-Strafe setzt eine gültige Hauptverbindlichkeit voraus, und ist nichtig, sofern die letzte ungültig ist f). Sind indefs die Handlungen, zu denen man sich ungültig verpflichtete, von der Art, dafs man sie thun darf; so kann auf den Fall, dafs man sie nicht thue, gültig eine Strafe versprochen werden g). II) Sie verstärkt in der Regel nur die Motive, nicht aber die äufsere rechtliche Natur der Verbindlichkeit h). III) In der Regel kann Alles als Strafe versprochen werden, sollte es auch das Interesse weit übersteigen i); nur darf man sich nicht zu verbotenen Handlungen anheischig machen, und sich also z. B. weder peinlichen Strafen unterwerfen k), noch auch für die verspätete Bezahlung einer Geldschuld mehr, als das gesetzmäfsige Maafs der Zinsen versprechen l). IV) In Betreff der Hauptwirkungen derselben unterscheide man: 1) Sie ist einem vollzogenen Geschäft hinzugefügt: dann

d) Cap. 28. X. de iureiur. (2. 24.) cap. 2. de pact. in 6. (1. 18.). Winkler l. c. Obs. 12. Schorcht v. d. Ungültigk. des Eides bey ungült. Verträgen. Jen. 1785. Gesterding a. a. O. S. 73—82.

e) Cap. 25. X. de iureiur. (2. 24.). Meditationen über versch. R. M. 3. B. n. 144.

f) L. 61. L. 69. de V. O. (45. 1.) L. 1. C. de recept. arbitr. (2. 56.). I. A. Bach de mulcta poenit. §. 1. (in opusc.). W. A. Lauterbach de poena convent. Tub. 1666. (Diss. Vol. 3. n. 113. §. 48—51.).

g) L. 38. §. 17. de V. O. (45. 1.).

h) L. 14. C. de pact. (2. 3.). Lauterbach §. 67.

i) L. 11. §. 2. de recept. (4. 8.). Lauterbach §. 24—29. 35. Wehrn doctr. explic. princ. damni etc. §. 59.

k) Lauterbach §. 18—22.

l) L. 13. §. 26. de act. E. V. (19. 1.). Lauterbach §. 30—34. P. W. Schmidt de poena conv. mutuo adiecta. Ien. 1760.

kann im Zweifel von dem Contravenienten entweder die Aufrechthaltung des Geschäfts, oder die Strafe gefodert werden, ohne daſs dieser befugt ist, sich nach seiner Willkühr durch Erlegung der Strafe zu befreyen m); beides zugleich aber nur im Fall einer ausdrücklichen Verabredung n). Ist 2) das Geschäft noch unerfüllt, und zwar A) die Strafe auf den Fall der verspäteten Erfüllung bedungen, so kann erst auf die Strafe, und nachher weiter auf Erfüllung der Hauptverbindlichkeit geklagt werden o); ist sie aber B) auf den Fall der nicht erfüllten Verbindlichkeit bedungen, so kann, falls die Erfüllung noch möglich ist, im Zweifel zwar die Strafe und Erfüllung nicht vereint gefodert werden p), der Promittent hat aber auch im Zweifel nicht die Wahl, sich durch Erlegung der Strafe von der Leistung der Hauptsache zu befreyen q). V) Die schuldlos eingetretene r) Unmöglichkeit der Erfüllung s), und die gänzliche Erfüllung der Hauptverbindlichkeit befreyen von der Strafe t). VI) Hat der Contravenient die Strafe erlegt, so kann stets auſser derselben Alles gefodert werden, was er aus andern, von der Hauptverbindlichkeit verschiedenen Gründen zu entrichten verbunden ist u).

Dritte Abtheilung.

Verhältniſs der Rechte und Verbindlichkeiten zu einander.

§. 116.

Einleitung. Betrachtet man Rechte und Verbindlichkeiten im Verhältniſs zu einander, so entstehen zwey

m) L. 10. §. 1. de pact. (2. 14.) L. 15. de transact. (2. 15.) L. 2. de pact. dotal. (23. 4.) L. 40. C. de transact. (2. 4.).

n) L. 16. de transact. (2. 15.) L. 17. C. de transact. (2. 4.). I. T. Richter de contractu rato manente, poena conv. quoque soluta. Lips. 1751. Glück Comm. 4. B. §. 340. princ.

o) L. 115. §. 2. de V. O. (45. 1.).

p) L. 115. §. 2. l. c. Lauterbach §. 65.

q) L. 14. C. de pact. (2. 3.) L. 8. C. de novat. (8. 42.). Höpfner Comment. §. 987.

r) L. 28. de act. e. v. (19. 1.).

s) L. 2. §. 8. de eo quod certo loco (13. 4.) L. 23. de O. et A. (44. 7.). Vergl. auch oben §. 102. not. n.

t) L. 47. de act. e. v. (19. 1.) L. 5. §. 3. L. 85. §. 6. de V. O. (45. 1.). A. M. sind Glück Comm. §. 336. a. E. Pothier tr. des obl. ed. Hutteau T. 1. p. 256—260.

u) L. 47. de act. e. v. (19. 1.). Westphal v. Kauf §. 664.

Hauptfragen, nämlich: erstlich, was stattfindet, wenn sie in Einer Person zusammentreffen, und zweytens, was Rechtens ist, wenn mehrere Berechtigte neben einander stehen? Jenes führt auf die Lehre von der Consolidation und Confusion, dieses auf die Lehre von der Concurrenz und Collision der Rechte.

§. 117.

1) Confusion. Was die Confusion im Allgemeinen, d. h. das Erlöschen der Rechte und Verbindlichkeiten durch Zusammenkommen in Einer Person, betrifft, so unterscheide man: I) Rechte und Verbindlichkeiten treffen in derselben Person zusammen. In diesem Fall ist es natürlich Regel: eine Person kann zugleich Rechte und Verbindlichkeiten haben, nur nicht gegen sich selbst. Einander entgegenstehende Rechte und Verbindlichkeiten vernichten sich also in Einer Person, und wenn die, so vernichtete Verbindlichkeit eine Hauptverbindlichkeit ist, so erlöschen durch ihren Untergang alle in Beziehung derselben accessorische Verbindlichkeiten andrer Personen x). II) Treffen Rechte und Rechte zusammen, so bestehen sie neben einander, ausgenommen, wenn das eine eine Beschränkung des andern enthält: denn im letzten Fall hört, weil Niemand sein Selbstschuldner seyn kann, das beschränkende Recht, als selbstbestehend, zu existiren auf, und das Beschränkte wird nun unbeschränkt y), welche letzte Art der Confusion insbesondere *Consolidatio* genannt wird z) III). Wird eine Person Subject mehrerer Verbindlichkeiten, so bleibt es dabey; doch verschlingt, wenn eine Hauptverbindlichkeit mit ihrer Accessorischen zusammentrifft, die erste die letzte, wenn diese dem Gläubiger nicht etwa mehr Sicherheit geben sollte, als jene a). Uebrigens werden die, durch Confusion vernichteten Rechte wieder hergestellt, wenn die Vereinigung auf einem, seiner Natur nach nur auf gewisse Zeit wirkenden Grunde beruht, und nachher

x) L. 21. §. 2. L. 71. pr. de fideiiussor. (46. 1.) L. 75. L. 95. §. 2. de solut. (46. 3.). W. A. Lauterbach de confusione. Tub. 1660. (Diss. V. 1. n. 56.).

y) L. 17. 27. quib. mod. usufr. am. (7. 4.) L. 1. quem. serv. am. (8. 6.).

z) §. 3. I. de usufr. (2. 4.) L. 3. §. ult. L. 6. pr. de usufr. accresc. (7. 2.) L. 78. §. 2. de iure dot. (23. 3.).

a) L. 5. 14. 21. §. 4. de fideiussor. (46. 1.). Vergl. mit L. 95. §. 3. de solutt. (46. 3.). Wieling lect. iur. civ. L. 2. c. 12. Weber nat. Verb. §. 128. a. E.

wegen dieses Grundes aufhört b), oder wenn der Grund der Confusion in der Folge als ungültig aufgehoben wird c).

§. 118.

2) Concurrenz und Collision.

Sind verschiedene Personen mit verschiedenen Rechten versehen, so kann, I) wenn jedes Recht einen besondern Gegenstand hat, ein jedes natürlich vollständig ausgeübt werden. II) Beziehen sich die Rechte Mehrerer auf Einen Gegenstand, aber steht keinem ein ausschliefsendes Recht zu (Concurrenz der Rechte): so werden sie neben einander ausgeübt; doch kann der, welcher das seinige zuerst ausübt, dem Andern den Nutzen seines Rechts verringern. III) Hat jeder der Berechtigten ein ausschliefsliches Recht auf denselben Gegenstand (Collision der Rechte) d), so ist weiter zu unterscheiden: 1) von den collidirenden Rechten beruht das eine auf einer mehr allgemeinen Vorschrift, als das andre: dann geht das letzte (also z. B. ein *privilegium* einem *iuri singulari*, und dieses einem *iuri communi*) vor e). 2) Sie sind gleich allgemein. Hier ist nun entweder A) das eine besonders begünstigt, dann geht dieses vor. Bey persönlichen Rechten auf eine bestimmte Leistung, und bey Privilegien gibt im Zweifel das gröfsere Alter den Vorzug f), und eben so bey Pfandrechten g), in andern Fällen aber nicht h). Ist dagegen B) Keines namentlich begünstiget, so collidiren die Rechte entweder a) direct, d. h. die Personen haben das-

b) L. 7. de fundo dotali (23. 5.). Lauterbach l. c. §. 12. 13. 32.

c) L. 21. §. 2. de inoffic. test. (5. 2.) L. 87. §. 1. de acquir. vel om. hered. (29. 2.) L. 22. C. de inoff. test. (3. 28.). Lauterbach §. 23.

d) S. überh. S. Stryk de iure privilegiati contra privilegiatum. Hal. 1702. u. 1744. G. C. Bastineller de eo quod iustum est in privil. collisione. Viteb. 1727. I. S. Wienzek de vero sensu L. 11. §. 6. 7. L. 12. de minor. iuncto examine regulae: privilegiatus advers. aeque privil. non utitur iure suo. Vratisl. 1778. I. C. Koppe Nieders. Archiv 2. St. n. 3. Meine Versuche 2. B. n. 14. Hufeland Geist des Röm. R. 2. Thl. 2. Abth. S. 6—64.

e) L. 80. de R. I. (50. 17.) L. 3. C. de silentar. et decur. (12. 16.).

f) L. 26. locati (19. 2.) L. 7. C. de prec. imper. offer. (1. 19.) L. 4. C. de emanc. (8. 49.) cap. 1. de const. in 6. (1. 2.).

g) L. 12. pr. qui pot. in pign. (20. 4.).

h) L. 32. de reb. auct. ind. poss. (42. 5.). Ueber die verschiedenen Fälle eines Vorrangs s. A. D. Sonnemann de iure potiori. Frkf. ad Oderam. 1690. I. F. Ludovici de duobus circa idem factum concurrentibus. Hal. 1714.

selbe gegen einander: alsdann geht der vor, welcher einen Schaden von sich abwenden will [i]), und wenn beide gleich viel zu verlieren haben, derjenige, welcher im Besitz dessen ist, was ihm nach seinem Rechte gebührt [k]). Trit auch der letzte Fall nicht ein, und ist Alles gleich: so kann ohne eine Entscheidung des Regenten keines der Rechte ausgeübt werden *(privilegiatus contra aeque privilegiatum iure suo non utitur)* [l]). Collidiren dagegen die Rechte b) indirect, d. h. in einem dritten Gegenstande, so ist entweder A) der Eine schon im Besitz des Gegenstandes: dann geht dieser vor [m]), oder B) es ist dieſs nicht der Fall. Hier müssen die Concurrenten das Object theilen, wenn es theilbar ist; wenn aber das Letzte nicht geschehen kann, so suspendiren sich auch hier die Rechte, und keines läſst sich ohne Machtspruch des Regenten zur Ausübung bringen [n]). Sollte es jedoch bey Ertheilung der Rechte, welche sich durch Collision aufheben, ausgemacht seyn, daſs eines derselben zur Ausübung gebracht werden müsse: so ist der Vorrang desselben durch das Loos zu bestimmen, aber nur dann, wenn der Richter gar kein anderes Princip der Entscheidung hat [o]).

Vierte Abtheilung.

Nebenbestimmungen der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 119.

Einleitung. Rechte und Verbindlichkeiten können mancherley Nebenbestimmungen haben, und zwar besonders durch die Bedingungen, Zeitbestimmung und den Zweck, welche bey denselben eintreten. Grundsätze des Römischen Rechts sind hierüber nur in der Materie von

i) L. 34. pr. de minor. (4. 4.).

k) L. 11. §. 6. L. 34. pr. de minor. (4. 4.).

l) Arg. L. 36. de dolo malo (4. 3.) L. 34. §. 3. L. 57. de contr. emt. (18. 1.) L. 17. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). Hert de collis. leg. Sect. 5. Stryk de iure privilegiati contra priv. Hal. 1702. 1744.

m) L. 12. de donat. (39. 5.) L. 32. de procurat. (3. 3.) L. 15. C. de R. V. (3. 32.) L. 6. §. 7. L. 24. quae in fraud. cred. (42. 8.).

n) L. 42. 43. de hered. inst. (28. 5.).

o) L. 5. fam. herc. (10. 2.) L. 3. pr. C. comm. de legat. (6. 43.) vergl. mit L. 8. de pact. (2. 14.) L. 25. §. 8. de aedil. edict. (21. 1.). Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 35.

Verträgen, Erbeneinsetzungen und Vermächtnissen aufgestellt, und haben in jeder einzelnen Lehre eine andre Gestalt. Da indeſs das, was in Ansehung der bedingten Verträge vorgeschrieben ist, am mehrsten mit der Natur der Bedingungen überhaupt zusammentrifft, und das Besondere bey Verträgen sehr gut dazu benutzt werden kann, die eigentliche Natur der Bedingungen noch schärfer herauszuheben: so wird hier mit dem Allgemeinen dasjenige, was sich besonders auf Verträge überhaupt bezieht, zugleich erörtert werden.

§. 120.

I) Bedingungen. Bedingung *(conditio)* im engern eigentlichen Sinn heiſst jeder ungewisse künftige, nicht zu der Natur eines Geschäfts gehörige, im Allgemeinen aber jeder Thatumstand, von dessen Daseyn Rechte und Verbindlichkeiten abhängig gemacht werden p). Wird ein Recht auf vergangene oder gegenwärtige Thatumstände bezogen (die sogenannte *conditio in praeteritum* und *praesens collata*): so ist dieſs eben so wenig im eigentlichen Sinn eine Bedingung q), als wenn das, was sich von selbst versteht *(conditio tacita)*, in Form einer Bedingung ausgedrückt wird r); doch haben vergangene und jetzige Thatumstände, wenn sie einem Rechte zum Grunde gelegt werden, mit den eigentlichen Bedingungen, das Aufschieben abgerechnet, gleiche Wirkungen s), und die, sich von selbst verstehenden Bedingungen wirken wenigstens so viel, daſs ihr Schweben die vollständige Erwerbung des Rechts aufschiebt t).

p) §. 11. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 39. de reb. cred. (12. 1.) L. 9. §. 1. de novat. (46. 1.). Averan. interpr. L. 4. c. 24. n. 5. 6. Vergl. überh. F. Balduini comm. de conditt., als Anhang zu dessen comm. de pignor. P. Bruselii tr. de conditt. verbunden mit P. Durani tr. de condit. et modis imposs. Frankf. et Lips. 1700. C. Ziegler Diss. de condition. (in dessen Discept. sel. Lips. 1721.). I. I. Ravensberg de cond. conv. et ultim. volunt. Ien. 1752. 8.

q) §. 4. I. de verb. obl. (3. 16.) L. 39. de R. C. (12. 1.).

r) L. 3. de leg. I. (30.) L. 99. L. 107. de cond. et demonstr. (35. 1.). Brussel l. c. L. 4. T. 1. Cocceii I. C. L. 2. T. 14. qu. 43.

s) Daher sie auch wohl conditio heiſsen. L. 16. de iniusto rupto irrito (28. 3.) §. 6. I. de Verb. obl. (3. 16.) L. 37. de R. C. (12. 1.) L. 100. de V. O. (45. 1.).

t) L. 4. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 1. pr. §. 2. de cond. et dem. (35. 1.).

§. 121.

Negative, affirmative; suspens., resolutiva.

Eine jede Bedingung, sie bestehe in einem negativen, oder positiven *facto (conditio negativa* und *affirmativa)*, ist aufschiebend, d. h. sie rückt den vollständigen Erwerb eines Rechts bis dahin hinaus, daſs sie existire. Wird der erste Erwerb eines Rechts dadurch hinausgesetzt, so nennt man sie vorzugsweise eine aufschiebende (*suspensiva)*; wird hingegen die Rückerwerbung eines Rechts davon abhängig gemacht, eine auflösende (*resolutiva*). Die letzte ist in Rücksicht des Geschäfts, welches das Recht zuerst überträgt, keine Bedingung, sondern nur in Rücksicht des, den Rückfall bestimmenden Nebenvertrags u), und man muſs daher die Regel annehmen: was die aufschiebende Bedingung in Ansehung des Hauptgeschäfts wirkt, eben das wirkt die auflösende in Betreff der Nebenberedung des Rückfalls x). Gehört nicht das Aufschieben zur gewöhnlichen Natur eines Geschäfts y), so streitet nicht für die aufschiebende, sondern für die auflösende Bedingung die Vermuthung z).

§. 122.

Casualis, potestativa mixta.

Wenn eine Bedingung nicht in einer bloſs negativen Willenshandlung besteht, und irgend etwas Positives fodert, so ist sie immer von der Wirkung physischer Kräfte abhängig. Insofern ist denn, da der Wille das Physische nicht schaffen kann, jede affirmative Bedingung zufällig. Hängt die Bedingung lediglich von der Wirksamkeit dessen ab, was auſser dem Willen des Menschen existirt, so heiſst sie vorzugsweise eine zufällige *(casualis)*; muſs hingegen dabey auch der Wille concurriren, so kann die Bedingung entweder

u) L. 3. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. de leg. comm. (18. 3.) L. 2. pr. de addict. in diem (18. 2.). Daher ist denn auch das Hauptgeschäft gleich in allen Rücksichten als unbedingt zu behandeln. L. 2. §. 4. 5. pro emt. (41. 4.) L. 2. pr. §. 1. L. 4. §. 3. de in diem addict. (18. 2.).

x) L. 9. §. 6. de R. C. (12. 1.) L. 8. C. de condict. ob causs. dator. (4. 6.). Brussel L. 1. T. 1. n. 5. L. 5. T. 1. n. 1. Meine civ. Abh. S. 359—362.

y) L. 1. §. 2. pro dote (41. 9.) L. 7. in fin. L. 8. de iure dot. (23. 3.).

z) L. 1. de lege comm. (18. 3.) L. 2. §. 4. pro emt. (41. 4.). Meine civ. Abh. S. 378—380. Neue auflösende Geschäfte sind aber natürlich keine conditio resolutiva. Sehr ausgedehnt ist dieſs im Archiv f. civil. Prax. 5. B. 2. Hft. nr. 9.

durch denselben ohne alle Concurrenz der Natur (nämlich bey negativen Willenshandlungen), oder wenigstens dann, wenn nur die Naturkräfte ihre gewöhnliche Mitwirkung nicht versagen, erfüllt werden, oder es mufs etwas gewöhnlich Ungewisses physisches neben der Handlung der Willkühr existiren. In jenem Fall nennt man sie willkührliche (*potestativa*), in diesem eine vermischte (*promiscua, mixta*) Bedingung a). Die Römer nennen indefs nur die Bedingung *potestativa*, wobey es zur Vollendung der Verbindlichkeit auf den Willen des Gläubigers ankommt. Uneigentlich nennt man also jetzt auch diejenige *potestativa*, wobey die Verbindlichkeit vom Willen des Schuldners abhängt *).

§. 123.

Mögliche, unmögliche.

Alle Bedingungen sind entweder möglich oder unmöglich; dieses, wenn im Augenblick der Hinzufügung derselben b) nach allgemeinen Begriffen eingesehen werden kann, dafs ihre Existenz undenkbar sey; jenes, wenn das Gegentheil stattfindet. Die Unmöglichkeit ist aber zwiefach, nämlich sie liegt entweder in physischen Gesetzen, oder in rechtlichen und moralischen Vorschriften. In jenem Fall wird sie die physisch unmögliche (*physice impossibilis*), und, insofern sie die Absicht, einen Andern zu necken, verräth, *derisoria*, in diesem die moralisch unmögliche (*moraliter impossibilis, turpis*) genannt c). Jede derselben kann negativ oder affirmativ gefafst werden d). Allen diesen unmögli-

a) L. 4. §. 1. L. 5. de hered. inst. (28. 5.) L. 9. §. 1. 2. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 11. §. 1. de cond. et dem. (35. 1.) L. un. §. 7. C. de caduc. toll. (6. 51.). Ueber den Ausdruck: promiscua: Cuiac. Obs. L. 14. c. 2. Merill Obs. L. 4. c. 14. vergl. mit A. E. Endemann de implendae conditionis tempore. Marb. 1821. p. 33—56. Ganz verwirft die c. potestativa A. F. Schott de condit. potestativae figmento (in opusc.). Allein s. C. G. Einert var. iur. civ. cap. Lips. 1773. cap. 2.

*) L. un. §. 7. C. de caduc. (6. 51.). Gesterding Pfandrecht S. 19—36.

b) L. 35. §. 1. L. 137. §. 6. de V. O. (45. 1.). Brussel L. 1. T. 2. n. 12. 15.

c) L. 29. §. 2. de testam. milit. (29. 1.) L. 20. de condit. et demonstr. (35. 1.).

d) §. 1. 2. 11. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 15. de cond. inst. (28. 7.) L. 123. L. 137. §. 6. de V. O. (45. 1.). Averan. interpr. L. 2. c. 24.

chen Bedingungen sind auch die perplexen, d. h. in sich widersprechenden, gleich e).

§. 124.

Wirkungen. Jede Bedingung schiebt I) die Existenz eines Rechts auf, so lange sie nicht existirt *(pendet)*, und zwar den Rückfall, wenn sie auflösend, den ersten Erwerb, wenn sie aufschiebend ist f), so, daſs der, dem die Bedingung dereinst ein Recht ertheilen soll, selbst durch den Besitz der Sache keine rechtlichen Vortheile, welche erst das wirkliche Recht begründet, erhalten kann g). Der bedingt Verpflichtete muſs jedoch die Existenz der Bedingung, ohne sie zu hindern, abwarten h), und der Berechtigte überträgt seine rechtliche Hoffnung auf seine Erben, wenn diese überhaupt in das ganze Rechtsverhältniſs eintreten können i). II) Existirt die Bedingung, welches bey der affirmativen der Augenblick der positiven That, bey negativen der Augenblick der Unmöglichkeit derselben ist, oder der Augenblick, da die zur Erfüllung gesetzte Zeit ablief k): so wird das Recht wirklich, und zwar muſs, 1) wenn die Bedingung auflösend ist, nach der Natur derselben die Sache so zurückgegeben werden, wie sie dann ist; nach besondern Vorschriften des Römischen Rechts aber bey Verträgen mit allen bis dahin gezogenen Nutzungen, und frey von allen Lasten l). Daher kann auch die Sache vom dritten Besitzer vindicirt werden m), ausgenommen wenn die Bedingung bloſs von

e) L. 16. de condit. instit. (28. 7.) L. 188. pr. de R. I. (50. 17.).

f) L. 66. de R. V. (6. 1.) L. 2. §. 4. 5. pro emt. (41. 4.) §. 4. I. de verb. obl. (3. 16.) L. 9. pr. de R. C. (12. 1.) L. 213. pr. de V. S. (50. 16.).

g) L. 4. pr. de in diem addict. (18. 2.) L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 38. §. 1. de A. l. A. P. (41. 2.).

h) L. 85. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 5. C. de O. et A. (4. 10.). Daher hier auch Sicherheitsmaſsregeln erlaubt sind. L. 41. de iudic. (5. 1.) L. 6. pr. quib. ex causs. (42. 4.) L. 4. pr. de separat. (42. 6.). G. P. v. Bülow Abh. 1. B. n. 17.

i) §. 4. I. de V. O. (3. 16.) §. 25. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 57. de V. O. (45. 1.).

k) §. 4. I. de V. O. (3. 16.) L. 115. §. 1. eod. (45. 1.). Höpfner Comm. §. 740. not. 6.

l) L. 4. §. 3. L. 6. pr. de in diem addict. (18. 2.). Wernher lec. c. L. 18. T. 2. §. 8.

m) L. 41. pr. de R. V. (6. 1.) L. 4. §. 3. de in diem addict. (18. 2.) L. 3. quib. mod. pign. solv. (20. 6.) L. ult. de leg. commiss. (18. 3.) L. 4. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.).

der Willkühr des Rückerwerbers abhing n). Ist 2) die Bedingung aufschiebend, so wird der erste Erwerb durch ihre Wirklichkeit vollendet, und zwar wiederum nach allgemeinen Begriffen von dem Augenblick ihrer Existenz. Allein die Gesetze enthalten auch hier für die Lehre von Verträgen die sonderbare Vorschrift, daſs, falls das Object nicht ganz zu Grunde gegangen ist o), die nicht bloſs von der Willkühr des Schuldners abhängenden Bedingungen auf den Anfang des Geschäfts zurückgezogen werden sollen p). Die Existenz beider Arten der Bedingungen macht also auch die Heraüsgabe der bis dahin vom Besitzer gezogenen Nutzungen nothwendig q). III) Kommt die Bedingung nicht zur Wirklichkeit *(deficit)*, so wird das Geschäft (nämlich bey der auflösenden das Neben-, bey der aufschiebenden das Haupt-Geschäft) eben so betrachtet, als ob es gar nicht geschlossen wäre r).

§. 125.

Besonders der unmöglichen.

Was physisch nicht existiren kann, ist anzusehen, als existire es nicht, und was rechtlich nicht existiren soll, kann nicht als existirend, sondern nur als nicht-existirend rechtliche Wirkungen haben. Daraus folgt in Betreff der unmöglichen Bedingungen: 1) die affirmative, sowohl physisch als moralisch unmögliche hindert sofort den Erwerb oder Rückfall des Rechts, so weit es durch sie bedingt ist s); 2) die negative physisch unmögliche wird so-

n) L. 3. in fin. quib. mod. pign. solv. (20. 6.). Meine civil. Abh. S. 366—378.

o) L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). Brussel L. 2. T. 1. n. 6.

p) L. 8. pr. l. c. (18. 6.) L. 4. quae res pignori (20. 3.) L. 9. §. 1. L. 11. §. 1. qui pot. in pign. (20. 4.) L. 16. de solut. (46. 3.). Ravensberg cap. VI. Averan. interpr. L. 3. c. 9. §. 1. Gesterding Pfandr. S. 19—36.

q) Stryk U. M. P. L. 18. T. 1. §. 28. T. 6. §. 5. Ravensberg l. c. §. 25. Meine civil. Abh. S. 362—365. Das Gegentheil behauptet Cocceii I. C. L. 18. T. 2. qu. 12. Allein L. 8. de peric. et c. r. v. (18. 6.) widerlegt seinen Grund, und die Anwendung der Regel über das Zurückziehen, und der Schluſs von der auflösenden Bedingung bestärkt das Gegentheil.

r) L. 20. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 37. de contr. emt. (18. 1.).

s) L. 7. L. 35. §. 1. L. 97. de V. O. (45. 1.) L. 9. §. 6. de R. C. (12. 1.) L. 57. pro socio (17. 2.) L. 6. §. 3. mandat. (17. 1.) L. 1. §. 11. L. 31. de O. et A. (44. 7.) §. 11. I. de inutil. stip. (3. 20.). H. Bodinus de condit. turpi impleta. Frkf. ad V. 1696. cap. 2. Averan. Int. L. 2. c. 24. n. 4. 5. Erlang. gel. Anz. v. 1752. n. 37.

fort als erfüllt angesehen t); 3) die negative moralisch unmögliche schiebt, ihrem Begriff nach, den Erwerb des Rechts auf, bis sie in Gemäſsheit ihrer Natur (§. 124. n. II.) existirt; dann folgt der Erwerb. Allein bey Verträgen muſs man nach Röm. Recht unterscheiden, a) der, welcher sich etwas (gleichviel suspensiv oder resolutiv) dafür versprechen läſst, daſs er etwas moralisch Unmögliches nicht thue, vernichtet dadurch den ganzen (Haupt- oder Neben-) Vertrag; bedingt sich hingegen b) Jemand etwas auf den Fall, daſs der Andre eine unerlaubte That verübe, so entsteht durch die That die unbedingte Verpflichtung, das Versprochene zu geben oder zurückzuliefern u).

§. 126.

Erfüllung der Bedingungen.

Zur schärferen Bestimmung des Begriffs einer erfüllten Bedingung ist noch dieſs zu bemerken: 1) Nur das, was wirklich zur Bedingung gemacht ist, muſs geleistet werden; doch braucht sie einem Geschäft nicht gerade ausdrücklich hinzugefügt zu seyn, sondern kann auch durch die That selbst (*tacite*) beygefügt, durch das Geschäft selbst begründet, oder von den Gesetzen vermuthet werden x). Sie ist ferner 2) genau zu erfüllen, also a) zur bestimmten Zeit, wenn eine solche gesetzt ist, jedoch nach Billigkeit y); b) von der Person, welcher sie, damit sie von ihr selbst erfüllt werde, aufgelegt ist z), so wie c) in der Maaſse, wie es ihre Natur verlangt, also weder durch eine andre Art, noch einer andern Person, wenn grade der genannten Person geleistet werden soll a), noch durch eine, oder einige

Abweichend ist I. T. Richter de impossibili condit. contractum non vitiante. Lips. 1747.

t) §. 11. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 7. de V. O. (45. 1.).

u) So muſs man unterscheiden, und nicht, wie Viele thun, in dem Suspensiven und Resolutiven den Unterschied setzen. L. 7. §. 3. L. 50. de pact. (2. 14.) L. 121. pr. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 1. 2. 3. C. si mancip. ita venier. (4. 56.). Meine civil. Abh. S. 362.

x) L. 73. pr. de V. O. (45. 1.) L. 77. pr. L. 102. de cond. et dem. (35. 1.) L. 4. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 19. pr. de const. pec. (13. 5.) L. 7. in fin. L. 8. L. 21. L. 41. pr. §. 1. L. 48. pr. de iure dot. (23. 3.). D. ab Aguirre de tacita onerum et condit. repetitione. Vien. 1721. Struben 3. B. 58. Bed.

y) L. 41. §. 12. de fideic. libert. (40. 5.) L. 2. L. 11. §. 1. de cond. et dem. (35. 1.) L. 135. §. 2. de V. O. (45. 1.). Endemann l. c. p. 127—137.

z) L. 39. §. ult. de stat. liber. (40. 7.) L. 31. de solut. (46. 3.).

a) L. 44. pr. §. 1. 2. 3. de cond.

Handlungen, wenn mehrere nicht alternativ zur Bedingung gemacht sind b). Nur dann ist die nicht erfüllte der erfüllten gleich zu achten, wenn der, zu dessen Vortheil sie beygefügt ist, ihr Wirklichwerden selbst verhindert hat c).

§. 127.

II) Zeitbestimmung.

Rechtsverhältnisse können auch von Zeitbestimmungen abhängig gemacht werden. Ist diefs nicht geschehen, so wird das Recht sofort wirklich *(dies cedit)*, und die Erfüllung kann, jedoch nach Billigkeit, sofort verlangt werden *(dies venit)* d). Finden Zeitbestimmungen dabey Statt, so können sich diese entweder auf das Recht selbst, oder dessen Verfolgung beziehen, und zwar kann in beiden Fällen die Zeit gewifs, oder ungewifs seyn, und im letzten Fall in Ansehung der Frage, wann und ob sie existiren wird? Bezieht sich die Zeitbestimmung auf das Recht selbst, so wird entweder der Anfang *(terminus a quo, debitum ex die,* oder auch wohl *in diem* e)), oder die Dauer des Rechts *(terminus ad quem)* dadurch bestimmt f). In jenem Fall wird das Recht bey einer schlechthin gewissen, oder nur in Ansehung der Entfernung ungewissen Zeit sofort, ohne dafs man es jedoch vor dem bestimmten Zahlungstage einklagen kann g), sonst aber nicht eher wirklich, als bis der, selbst in Ansehung seiner Existenz ungewisse Tag existirt h); im letzten wird es sofort vor dem Tage wirklich, aber durch dessen Existenz aufgehoben i), und zwar, wenn ein Contrahent die Dauer eines Rechts, welches einmal enden mufs, von seiner Will-

et dem. (35. 1.) L. 11. §. 11. de leg. III. (32.) L. 68. de solut. (46. 3.).

b) §. 11. I. de her. inst. (2. 14.).

c) L. 85. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 39. L. 161. de R. I. (50. 17.). Glück Comm. §. 337. d. a. E.

d) L. 213. de V. S. (50. 16.). Hert de iurib. ex pacto certo temp. inclus. (in op. V. II. T. 3.).

e) L. 2. I. de V. O. (3. 16.). Brissonius de V. S. sub voce: in.

f) L. 44. §. 1. de obl. et act. (44. 7.).

g) §. 2. I. de V. O. (3. 16.) L. 41. §. 1. L. 46. pr. eod. (45. 1.) L. 213. pr. de V. S. (50. 16.). Höpfner Comment. §. 742. not. 2. Glück Comm. §. 335. not. 80.

h) L. 45. §. 3. L. 46. pr. de V. O. (45. 1.) L. 16. §. 1. L. 17. 18. de cond. indeb. (12. 6.). Averan. int. L. 2. c. 16.

i) L. 56. §. 4. de V. O. (45. 1.) L. 52. §. 3. de pact. (2. 14.).

kühr abhängig macht, durch den Tod desselben [k]). Ist über die Zeit der Erfüllung etwas bestimmt, so kommt natürlich Alles darauf an, wie diefs geschehen ist. Nur der sonderbaren Vorschrift ist hier noch zu erwähnen, dafs im Zweifel der Verpflichtete auch vor dem, zur Erfüllung bestimmten Tage dem Berechtigten, wenn dieser nicht darunter leidet, das Schuldige leisten kann [l]).

§. 128.

Defshalb von der Zeitrechnung.

In Beziehung auf die Lehre von den Zeitbestimmungen ist die Lehre von der Zeitrechnung noch von besonderer Wichtigkeit [m]). Man bemerke darüber, 1) ein Tag enthält 24 fortlaufende Stunden [n]). Rechnet man diese, wie es in der Regel geschehen mufs [*]), von 12 Uhr bis 12 Uhr Mitternachts *(a septima hora ad septimam horam noctis)*: so heifst diefs ein Kalendertag; fängt man hingegen die Rechnung von einem andern Punct an, so kann man diefs einen Zeittag, oder einen natürlichen Tag *(dies naturalis)* nennen, wiewohl man durch den letzten Ausdruck, oder den Ausdruck: Tag schlechthin, auch wohl nur die Stunden des Sonnenlichts zu bezeichnen pflegt [o]). 2) Ein Monat besteht einzeln gerechnet aus 30 Tagen [p]), und kann gleichfalls, wenigstens in den Mo-

k) L. 4. locat. (19. 2.).

l) L. 70. L. 98. §. 4. de solut. (46. 3.) L. 43. §. 2. de leg. 2. (31.) L. 41. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 17. de R. I. (50. 17.). Maians. comm. ad trig. ICtor. fragm. p. 262. Averan. int. L. 2. c. 16. n. 18. Leyser Sp. 528. m. 14. Hommel Rhaps. obs. 393. Müller ad Leyser obs. 881.

m) Vergl. überh. I. T. Seger de anno Romano. Lips. 1759. (op. ed. Klüber V. 1. n. 1.). I. V. Bechmann de eo quod circa dies iustum est. Ienae (ohne Jahrzahl). Antonelli tr. de tempore legali. Rom. 1660. Eustathii liber de temporum intervallis. Lips. 1792. ed. 2. ibid. 1815. (auch in Leunclav. ius Gr. et Rom.). Koch Belehrungen über die Mündigk. zum Testiren. Giefs. 1796.

n) L. 8. de fer. et dilat. (2. 12.).

*) Schweppe Magaz. 1. St. S. 116—138.

o) L. 2. §. 1. de V. S. (50. 16.). Emminghaus ad Cocceii l. 2. Tit. 12. qu. 1.

p) Auf mehrere Monate rechnet man je 30 und 31 Tage, doch gibt es Ausnahmen. L. 101. de R. I. (50. 17.) L. 23. L. 31. §. 22. de aedil. edict. (21. 1.) L. 12. de statu hom. (1. 5.) L. 3. §. ult. de suis (38. 16.) L. 22. §. 1. C. de iur. del. (6. 30.) L. ult. pr. C. de tempor. (7. 63.). Nov. 115. c. 2. K. G. O. 2. Th. Tit. 33. §. 3. E. Schrader civilist. Abh. 2. Abth. S. 193—220.

naten, welche 30 Tage im Kalender haben, ein Kalender- oder ein Zeitmonat seyn. Eben diefs gilt 3) von einem Jahre, welches in der Regel 365 fortlaufende Tage zählt q). In einem Schaltjahr (im Gegensatz dessen ein anderes Jahr ein gemeines heifst) wird zu diesem noch ein Tag *(dies intercalaris)* hinzugethan. Der Schalttag ist der 24. Februar, und dieser *(dies posterior)* wird mit dem folgenden 25. Februar *(dies prior)* zusammen als Ein Tag gerechnet *(dies bissextus)*, wenn nicht ein Zeitraum namentlich nur auf gewisse Tage gesetzt ist r). Es läfst sich nicht erweisen, dafs bey uns der juristische Monat verändert sey s), oder dafs man jetzt den 29. Febr. als den Schalttag betrachten müsse t), noch auch dafs der Ausdruck: Jahr und Tag, im Zweifel mehr als ein Jahr und 24 Stunden begreift u).

§. 129.

Fortsetzung. Berechnet man einen Zeitraum natürlich x), so läfst man denselben sofort mit dem genannten Augenblick anfangen *(tempus continuum ratione initii)*, rechnet in den Lauf desselben jeden Augenblick *(tempus continuum ratione cursus)*, und hält denselben erst durch vollständigen Ablauf für vollendet y). Es gibt jedoch gewisse einzelne Fälle, woraus sich aber offenbar keine Regel bilden läfst z), in denen die Gesetze eine abweichende Berechnungsart gestattet haben, wie diefs namentlich in Betreff der gleich zu erwähnenden *temporis utilis* in der

q) L. 134. de V. S. (50. 16.).

r) L. 98. eod. L. 3. §. 3. de minor. (4. 4.) L. 2. de divers. temp. praesc. (44. 3.). Man mufs aber in der letzten Stelle lesen: sed si quis fundum — — proficiet emtori. Bynkershoek Obs. L. 4. c. 8. S. auch noch überhaupt: E. G. Berger de anno intercalari. Lips. 1688. Koch a. a. O. S. 12. fgg. C. H. Fetzer Versuche zur Bild. des R. R. Heilbr. 1802. S. 1—30. H. W. Schultes Bemerk. über die Mündigkeit zum Testiren nach Röm. R. Jen. 1800.

s) S. Altwein de legali mensium tempore. Altb. §. 35. fgg. Struben 1. B. 47. Bed.

t) Koch a. a. O. §. 9. Dessen Bestät. der Belehrungen S. 32—36. A. M. ist J. M. Schneidt de usu studii chronologici etc. Wirceb. 1782. Derselbe Schlufssatz oder letztes Wort etc. Wirzb. 1798.

u) Glück Comm. §. 269. a. E.

x) S. überh. C. A. Stölzer de tempor. civil. et util. computat. Lips. 1791. Gmelin jurid. Archiv. 2. B. 2. H.

y) Z. B. L. 8. de his qui not. inf. (3. 2.) L. 31. §. 1. de usurp. (41. 3.).

z) Glück Comm. §. 269. a. 269. b.

Regel bey allen praetorischen Klagen eintrit [a]). Es ist nämlich 1) in manchen Fällen vorgeschrieben, daſs demjenigen, welcher ein Recht zu verfolgen hat, die Tage, an denen er hierin auf irgend eine Weise, also auch durch einen entschuldbaren Irrthum, gehindert ward, nicht angerechnet werden sollen [b]). Eine solche Zeit nennt man *tempus utile*, und diese ist nach der gewöhnlichen Lehre, je nachdem die Behinderungstage bloſs den Anfang eines Zeitraums hinaussetzen [c]), oder nur im Lauf desselben nicht angerechnet [d]), oder in beiden Rücksichten abgezogen werden sollen [e]), dreyfach: *utile ratione initii* und *continuum ratione cursus; continuum ratione initii, utile ratione cursus* [f]), oder *utile ratione initii et cursus*, welches Letzte bey dem Ausdruck: *tempus utile*, im Zweifel immer anzunehmen ist [g]). 2) Es gibt gewisse Fälle, in denen man so sonderbar rechnet *(computatio civilis)*, daſs schon die Erreichung des letzten Theils (Tages, Monats, Vierteljahrs) eines gegebenen Zeitraums der Vollendung desselben gleichgesetzt wird [h]). Auch dieſs ist ohne besondere Gesetze nicht anzunehmen [i]).

§. 130.

III) Modus. Wird Jemandem ein Recht ertheilt, unter der Nebenbestimmung, daſs er das Empfangene zu einem gewissen Zweck anwenden solle: so wird diese (das Geschäft sey onerös, oder nicht) auch wohl *conditio*, ge-

a) Glück §. 269. a. not. 47.

b) L. 1. §. 1. L. 21. 26. ex quib. causs. maior. (4. 6.) L. 1. de divers. temp. praescr. (44. 3.) L. 1. §. 7—9. quando appell. sit (49. 4.) L. 6. de calumn. (3. 6.) L. 1. §. 1. L. 9. §. 1. de iur. et fact. ignor. (22. 6.) L. 2. quis ordo in poss. (38. 15.) cap. 10. X. de praescr. (2. 26.).

c) z. B. L. 19. C. de iure delib. (6. 30.) Nov. 23. cap. 1.

d) S. jedoch die folgende nota f.

e) z. B. L. 10. de bon. poss. (37. 1.) L. 2. pr. quis ordo in poss. (38. 15.).

f) Ein t. cont. rat. initii et utile ratione cursus kommt aber nirgend in den Gesetzen vor. Irrig beruft man sich dafür auf L. 19. §. ult. L. 20. 55. de aedil. edict. (21. 1.) L. 2. C. de aedil. act. (4. 58.). A. M. ist Haubold de temporis continui et utilis computatione (opusc. T. I.) cap. 6.

g) Glück Comm. §. 269. a. not. 48.

h) L. 5. de ann. legat. (33. 1.) L. 3. §. 3. de minor. (4. 4.). I. C. Rücker de civil. et nat. temp. comp. in dessen obs. et int. G. F. Holzhauer de tempore in iure natural. et civiliter computando. Regim. 1779. Gmelins Archiv. 1. B. 4. Hft.

i) Glück §. 269. b.

wöhnlich aber *modus* genannt k). Die Natur desselben ergibt das Resultat: das Geschäft selbst, dem man den *modus* hinzufügt, ist ohne besonders hinzugefügte Bedingungen, woraus denn ein *modus mixtus* entsteht, an sich unbedingt l), und der *modus* erzeugt eine unbedingte Nebenverpflichtung, ohne daſs jedoch bey Verträgen wegen Erfüllung Caution gefodert werden kann m). Ist derselbe möglich, so muſs er erfüllt werden n), ausgenommen wenn der, welcher ihn erfüllen sollte, allein ein Interesse dabey hat o), in welchem Fall der *modus* ein *simplex*, sonst aber *qualificatus* heiſst. Ist er unmöglich, so erzeugt diese Unmöglichkeit (gerade so, wie bey der affirmativen Resolutiv-Bedingung) keineswegs Nichtigkeit des Hauptgeschäfts, sondern der den Zweck bestimmenden Nebenberedung p). Erfüllt der, welchem ein möglicher *modus* aufgelegt ist, denselben nicht, so erlischt dadurch weder sein Recht q), noch kann er, da durch Ungehorsam des Verpflichteten der Berechtigte nicht befugt wird, das ganze Rechtsverhältniſs aufzuheben r), in der Regel auf mehr, als auf Erfüllung und das Interesse belangt werden s). Bloſs bey ungenannten Contracten und der Schenkung ist die Zurückfoderung des Gegebenen erlaubt t), und zwar bey der Schenkung gegen versprochene Alimente selbst durch

k) L. 41. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 58. §. 2. locat. (19. 2.) L. 17. §. 4. de cond. et dem. (35. 1.). Der Begriff des modi wird verschieden gefaſst: I. G. de Hackemann de usu pract. distinct. condit. inter et modum. Frankf. 1751. C. F. G. Meister de eo quod inter condit. resol. et modum interest (in opusc.). I. F. Cordes de modo convent. adiect. eiusque effect. iurid. Goetting. 1782. C. C. Schnauſs de effect. et nat. modi in donat. adiecti. Ien. 1804. C. G. Waechter de condict. caussa data caussa non secuta. Tubing. 1822. p. 88—99.

l) L. 80. de cond. et demonstr. (35. 1.). I. Altamiranus comm. ad quaest. Scaevolae. Tract. 8. ad L. 80. cit. in Meermann Th. T. 2. p. 494. fgg.

m) A. M. ist Glück Comm. §. 336.

n) L. 17. §. 2. L. 44. de manum. testam. (40. 4.).

o) L. 13. §. 2. de donat. int. vir. et uxor. (24. 1.).

p) L. 8. C. de condict. ob causs. dator. (4. 6.). Waechter l. c. p. 99—102. Das Gegentheil behauptet Glück Comm. §. 336.

q) L. 2. §. ult. de don. (39. 5.). Schnauſs l. c. §. 4. 5.

r) Weber üb. d. nat. Verb. §. 90.

s) Voet comm. L. 18. Tit. 4. §. 16.

t) L. 2. 6. C. de condict. ob causs. dator. (4. 6.) L. 1. C. de donat. quae sub modo (8. 55.). Daraus schlieſsen denn Viele, z. B. Glück a. a. O., aber ohne Grund, auf alle Fälle. Schnauſs l. c. §. 6—13. Waechter l. c. p. 110—117.

eine dingliche Klage [u]). Das Letzte gilt auch noch jetzt, so wie das Recht der Rückfoderung bey reinen Schenkungen. Im Uebrigen aber sind jetzt (nach §. 168.) die ungenannten Contracte wie die genannten zu behandeln [x]). Uebrigens ist bey dem Zweifel über die Existenz einer Resolutiv-Bedingung oder des *modi* der letzte vor jener anzunehmen [y]).

Zweyter Abschnitt.

Ueber den Grund der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erste Abtheilung.

Ueber Entstehung derselben.

Erstes Capitel.

Einleitung. Besonders über Willens-Handlungen überhaupt.

§. 131.

Entstehungsgründe. Mittelbare, unmittelbare Verbindlichkeiten.

Rechte und Verbindlichkeiten müssen durch etwas, ausser dem Gesetz Existirendes wirklich werden [z]). In der Regel muss diess durch Willenshandlungen des Berechtigten oder Verpflichteten geschehen, es sey nun durch zweyseitige (Verträge), oder einseitige, erlaubte oder unerlaubte Handlungen; doch kann auch das Gesetz an andre Thatumstände die Existenz eines Rechts oder einer Verbindlichkeit knüpfen [a]). Beruhen diese Entstehungs-

u) L. 1. C. cit. Ohne Grund macht daraus eine Regel Glück a. a. O. not. 21. Vergl. Schnauss l. c. §. 14.

x) Zum Theil abweichend ist Schnauss l. c. §. 14.

y) Voet L. 35. T. 1. §. 14. Cordes l. c. cap. 2. §. 12.

z) I. O. Westenberg de caussis obligat. (op. T. 2. n. 3.).

a) S. z. B. Tit. I. de oblig. quae quas. ex contr. (3. 28.) Tit. I. de obl. quae quas. ex delict. (4. 5.).

gründe auf Thatumständen, welche man durch keinen besondern Kunstausdruck zu bezeichnen weiſs: so nennt man sie unmittelbare (*immediata*, oder schlechthin *ex lege*); alle andern hingegen mittelbare (*mediata*) Rechte und Verbindlichkeiten b); doch wird diese Terminologie täglich schwankender c), so wie die auf jener Eintheilung beruhende Eintheilung der Klagen in *dativas* und *nativas* d). In dem allgemeinen Theil kann nur die Lehre von den Willenshandlungen überhaupt vorgetragen werden; das Uebrige bleibt dem besonderen überlassen.

§. 132.

Rechtliche Geschäfte. Feierliche, unfeierliche.

Willenshandlungen, welche die Begründung rechtlicher Verhältnisse bezwecken, heiſsen rechtliche Geschäfte. Ist denselben von den Gesetzen eine gewisse Form vorgeschrieben, so nennt man sie feierliche (*legis actio* bey altcivilistischen Proceſsformen, und ganz allgemein *actus legitimus*) e). Bey einigen feierlichen Geschäften dürfen nach Römischem Recht keine Stellvertreter erscheinen, und keine Bedingungen und Zeitbestimmungen hinzugefügt werden f). Diese werden von Manchen vorzugsweise *actus legitimi* genannt. Daſs bey mehreren derselben (z. B. der Erbschaftsantretung) Bevollmächtigte bloſs deſswegen ausgeschlossen wurden, weil die eingeführten Formeln nur auf den Principal lauteten, und daſs bey manchen Nebenberedungen über die Zeit, oder Bedingungen, auch nur der hergebrachten, kurzsichtig gefaſsten Formel wegen, nicht gestattet wurden, ist wohl unleugbar; allein bey manchen (z. B. der Bestellung eines Vormundes) läſst sich Alles weit natürlicher aus dem innern Wesen des Geschäfts erklären g).

b) L. 1. pr. L. 52. pr. §. 5. de O. et A. (44. 7.). Meine Vers. 1. B. n. 12. a. E. 2. B. S. 28. 29.

c) I. T. Richter de duplici obligandi ratione uni obiecto tributa. Lips. 1744. Meurer jur. Beob. u. Abh. 1. S. n. 1. Weber über nat. V. §. 30—32.

d) I. A. Frommann collatio act. dativarum cum nativis. Tub. 1683. B. L. Suendendörfer de actione dativa non dabili. Lips. 1693.

e) Gaii inst. I. 184. IV. 12—31. 95. 108. L. 123. pr. de R. I. (50. 17.). Vergl. mit L. 77. eod. L. 21. C. de haeret. (1. 5.). Dirksen Beyträge nr. 4. Dupont in Gaii commentarium IV. Lugd. Bat. 1822.

f) L. 77. de R. I. (50. 17.).

g) Vergl. Maranus C. ad L. 77. de R. I. (op. T. II.). Alciat parerg. L. 3. c. 4. fgg. Cuiacii obs. L. 15. c. 16. Ritter ad Heineccii histor. iur. L. 1.

§. 133.

Deren Bestandtheile und

Bey jedem Geschäft muſs man die wesentlichen, die gewöhnlichen, und die zufälligen Theile (*essentialia, naturalia, accidentalia*) unterscheiden. Der Mangel der ersten vernichtet das Geschäft. Die letzten können fehlen; doch wird der Mangel des Gewöhnlichen nicht vermuthet, während die Existenz des Zufälligen erwiesen werden muſs h). Ein wesentlicher Bestandtheil jedes Geschäfts ist die vollendete Willenserklärung i).

§. 134.

Beweis.

Die Existenz eines Geschäfts ist, als Thatumstand, zu erweisen, und zwar muſs, wenn dasselbe aus mehreren einzelnen Handlungen besteht, die Existenz einer jeden derselben besonders dargethan werden k). Ist aber die Existenz eines Geschäfts in seinen wesentlichen Theilen überhaupt erwiesen und zugestanden, so wird vermuthet, daſs die gesetzlichen Formen beobachtet sind l).

§. 135.

Erfodernisse.

Die gesetzliche Form eines Geschäfts muſs im Zweifel beobachtet werden. Ist dieſs nicht geschehen, so ist es nichtig m); jedoch nur in Ansehung der, dem Gesetz widerstreitenden, nicht aber in Ansehung der andern, demselben gemäſsen Handlungen n), sofern jene

§. 46. S. G. Bauer de actib. legitimis. Lips. 1748. (opusc. T. 1. n. 14.). I. H. Stenger de legis actionibus. Lips. 1709. F. G. Pestel de natura legis actionum. Lips. 1748. Höpfner de legis actionibus et actibus legitimis (Anhang zu dessen Commentar). I. A. Reichardt Diss. utrum actus legitimi Romanis fuerint solenniores. Partic. I. II. Ien. 1788. 1789.

h) L. 27. §. 3. de pact. (2. 14.) L. 6. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 3. de R. C. (12. 1.) L. 72. de contr. emt. (18. 1.). Averanii int. L. 4. c. 12. n. 12—27.

i) L. 25. qui test. fac. poss. (28. 1.) L. 9. C. eod. (6. 22.). H. de Cocceii de iure circa actus imperfectos. Frkf. ad V. 1699; Vinnii qu. sel. L. 2. c. 17.

k) L. 13. §. ult. de public. in rem act. (6. 2.). S. Gentilis de solennitat. quaten. in quoque act. intervenir. deb. vel interesse praesum. Nor. 1617. Menoch de praesumt. L. III. pr. 132.

l) Vergleiche §. 8. I. de fideiussor. (3. 21.) L. 30. de V. O. (45. 1.) L. 14. C. de contr. stipulat. (8. 38.) L. 25. pr. de adopt. (1. 7.). Weber v. der Beweisführung VI. n. 30. 31.

m) S. oben §. 82. 83.

n) L. 26. de usur. (22. 1.) L. 34. pr. L. 36. §. ult. C. de donat. (8. 54.) L. 2. 5. 7. 8. C. de inoffic. don. (3. 29.).

nicht das Wesen, diese hingegen nur die, von den wesentlichen Stücken abhängenden Nebentheile eines Geschäfts ausmachen, in welchem Fall die Erhaltung und Conversion (§. 83.) wegfällt o). Wegen offenbarer Billigkeit kann der Richter etwas von der, gesetzlich zu beobachtenden Form erlassen, nur darf er freilich in diesem Erlassen da keine Billigkeit finden, wo (wie z. B. bey Testamenten die großse Zahl der Zeugen) die gesetzliche Form grade dazu dienen soll, das Recht zu sichern p). Uebrigens dauert die anfängliche Nichtigkeit eines Geschäfts immer fort, wenn es nicht durch neue Thatumstände gültig gemacht wird q).

§. 136.

Arten des Willens.

Der Wille ist, juristisch betrachtet, vierfach. Ist er mündlich oder schriftlich durch Worte ausgedrückt, so wird er der ausdrückliche *(expressus)* genannt, der stillschweigende *(tacitus)* hingegen, wenn die wirkliche Existenz desselben aus andern Handlungen erhellet. Ist der Wille bloſs aus allgemeinen Gründen wahrscheinlich, aber nicht bewiesen, so wird er der vermuthete *(praesumtus)* genannt. In manchen Fällen behandeln die Gesetze Jemanden, als ob er eingewilligt habe, ohne von dessen wirklicher Einwilligung überzeugt zu seyn, oder auch nur dieselbe vermuthen zu können r): dieſs nennt man die erdichtete Einwilligung *(consensus fictus)* s).

§. 137.

Fortsetzung.

In welchen Fällen eine stillschweigende Einwilligung vorhanden sey, läſst sich nicht einzeln angeben, sondern allein durch Beurtheilung bestimmen t).

o) L. 27. fam. herc. (10. 2.) L. 7. §. 1. de recept. arbitr. (4. 8.) L. 1. C. de posth. hered. inst. (6. 29.).

p) L. 183. de R. I. (50. 17.). Vergl. auch Müller ad Leyser Obs. 5.

q) §. 1. 2. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 83. §. 5. de V. O. (45. 1.). Averan. interpr. L. 4. c. 22.

r) L. 4. pr. L. 7. pr. in quib. causs. pign. tac. (20. 2.).

s) F. G. Lautensack de discrim. int. consens. express. tacit. et praesumt. Erf. 1710. Weber über die nat. Verb. §. 24.

t) L. 2. pr. C. ad municip. (10. 38.) L. 4. §. ult. de fideiussor. (46. 1.) L. 2. §. ult. solut. matrim. (24. 3.). Noodt de pact. cap. 2. (op. T. 1.). T. Steinmetz de pact. tacitis. Erf. 1672. I. H. Meier de eod. arg. Erf. 1688. J. G. B. Härlin v. d. stillschweigenden Einwilligung. Tübing. 1814.

Nur das kann man im Allgemeinen sagen, daſs aus zweydeutigen Handlungen keine bestimmte Einwilligung geschlossen werden darf [u]), und daſs, wenn eine Handlung nur Eine Auslegung leidet, der Urheber die Wirkungen der Einwilligung (freilich nicht eine sonstige Verantwortlichkeit) von sich abwenden kann, wenn er die Handlung mit einer Protestation begleitet, daſs er sie nicht aus der, äuſserlich in ihr liegenden Absicht vornehme [x]).

§. 138.

Fortsetzung. Die vermuthete Einwilligung kann, als etwas Ungewisses, in der Regel keine Rechtsverhältnisse erzeugen, wenn es nicht die Gesetze besonders vorgeschrieben haben. Hieher gehört die wichtige Regel, daſs aus dem Stillschweigen zwar nicht im Ganzen [y]), aber doch ausnahmsweise dann eine wahre Einwilligung vermuthet wird, wenn der Eine die Geschäfte des Andern besorgt, ohne daſs dieser widerspricht, oder wenn Jemand von ihm pflichtmäſsig zu verhindernde Handlungen wissentlich geschehen läſst [z]); nur muſs er Verstand, und Fähigkeit haben, über sein Vermögen zu schalten [a]).

§. 139.

Ratihabition. Die Einwilligung bey einem Geschäft kann gleich Anfangs gültig ertheilt werden, oder erst in der Folge [b]). Ist das Letzte, so kann entweder der Urheber des Geschäfts selbst in der Folge seine Billigung zu erkennen geben, oder ein Dritter, welcher dabey interessirt ist. In jenem Fall wird dasselbe, und zwar in der Regel rückwärts bis auf den Augenblick der Abschlieſsung, da-

u) L. 2. §. 1. L. 3. 4. 57. pr. de pact. (2. 14.). Struben 1. B. 107. Bed.

x) Müller ad Leyser Obs. 572.

y) L. 142. de R. I. (50. 17.) C. 43. de R. I. in 6. (5. 11.). H. de Cocceii de silentio (Ex. T. 1. n. 43.). H. Brokes Obs. 6. Cramer de tacente consentiente (Op. T. 2.). Snetlage de consens. tacito et silentio. Harder. 1774. Glück Rechtsf. 2. B. n. 27. Götz Beytr. 2. B. 4. St. n. 26.

z) L. 6. §. 2. L. 18. mandati (17. 1.) L. 7. §. 1. L. 12. pr. de sponsal. (23. 1.) L. 12. de evict. (21. 2.) L. 38. §. 2. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 60. de R. I. (50. 17.).

a) L. 14. §. 16. de religios. (11. 7.) L. 110. §. 2. de R. I. (50. 17.).

b) I. H. Meier de iure ratihabit. Giess. 1720. de Neufville de ratificatione nociva ex tacit. consens. induct. Alt. 1724.

durch bekräftigt c). Im letzten Fall hingegen mufs man unterscheiden: entweder wird durch die Genehmigung eines Dritten ein Geschäft als gültig anerkannt, welches dessen Beytritt bedarf; oder der Fall ist von andrer Art. In jenem Fall wird die Genehmigung auf den Anfang des Geschäfts zurückgezogen *), in diesem hingegen wirkt sie auch, aber nur zum Nachtheil des Ratihabirenden d). Eine Art der Genehmigung ist die Confirmation, d. h. die Bestätigung des Regenten oder der Stellvertreter desselben. Diese ändert das Geschäft selbst nicht e), hebt daher auch nicht dessen Mängel f), wenn sie nicht etwa blofs in der Form liegen g), und kann daher auch nicht zum Nachtheil dritter Personen benutzt werden h).

§. 140.

Einleitung zum Folgenden.

Zu einem rechtlichen Geschäft gehört die physische oder juristische Fähigkeit einer rechtlichen Absicht, so wie, dafs dieselbe nicht durch Irrthum vernichtet, oder durch Drohung, Gewalt, oder Arglist eines Dritten zu einer unwillkührlichen Handlung werde. Das Römische Recht hat hierüber nur in Betreff Einer Art rechtlicher Geschäfte, nämlich der Verträge, allgemeine Grundsätze aufgestellt, welche sich am schärfsten in der Lehre von den Verträgen entwickeln lassen, und dann sehr leicht analogisch auf die andern Arten der Rechtsgeschäfte angewandt werden können. Da die allgemeinen Grundsätze von den Verträgen in alle Theile

c) L. 7. pr. C. ad SCt. Maced. (4. 28.) L. 25. C. de donat. int. V. et U. (5. 16.). Eine Ausnahme enthält L. 65. §. 1. de ritu nupt. (23. 2.). A. M. sind: Glück Erläut. d. Pand. 17. B. §. 1026. Hufeland Geist des Röm. R. 1. B. S. 199—227.

*) L. 16. §. 1. de pignor. (20. 1.) L. 7. pr. C. ad SCt. Maced. (4. 28.). G. L. Boehmer de necess. parent. consens. in nupt. liberor. cap. 4. §. 6. (Elect. T. 1. n. 16.).

d) L. 9. de negot. gest. (3. 5.) L. 3. C. de contr. vel comm. stip. (8. 38.) L. 60. de R. I. (50. 17.) L. 3. C. de R. V. (3. 32.). Meine Vers. 2. B. n. 10. vergl. mit C. T. Welcker Diss. interpret. exhibens L. 9. de neg. gest. iuncta L. 60. de R. I. Giess. 1813.

e) cap. 1. 3. 4. X. de confirmat. (2. 30.). Mevius P. 1. Dec. 6.

f) L. 1. §. 2. de reb. eor. (27. 9.). Wernher P. 5. Obs. 234. Pufendorf T. 1. Obs. 203. §. 3.

g) Leyser Spec. 40. m. 7. Hommel rhaps. Obs. 543.

h) L. 4. C. de emanc. (8. 49.). Mevius P. 7. Dec. 232. Cramer Obs. iur. univ. T. 4. Obs. 1015. Arch. für civilist. Praxis 4. B. 2. Hft. nr. 17.

des Privat- und Regierungsrechts eingreifen, so sind diese hier besonders auszuheben i).

Zweytes Capitel.

Ueber Verträge insbesondere.

§. 141.

Vertrag. Ein Vertrag ist die, von mehreren Personen wechselsweise gegebene Einstimmung über die Begründung rechtlicher Verhältnisse k). Die allgemeine Natur der Verträge ist durch die Beantwortung der vier Fragen erschöpft: wer kann einen Vertrag schliefsen? wie mufs die Einwilligung beschaffen seyn? welches sind die Gegenstände, und welches die Wirkung der Verträge?

§. 142.

I) Wer kann ihn schliefsen? Nur die Personen, welche einer Einwilligung fähig sind, können Verträge schliefsen. Unfähig sind also 1) alle, welche ihres Verstandes nicht mächtig sind l), so lange als dieser Zustand dauert m), mithin auch völlig Betrunkene n), und Zornige, sofern nämlich die letzten nicht nachher auf dem beharren, was sie im Zorn thaten o). Unfähig sind ferner 2) alle, welche das bürgerliche Recht dafür erklärt. Dahin gehören unbedingt Kinder p), und alle (freilich unter manchen, in der Lehre von der Vormundschaft zu erörternden Beschränkungen), welche minderjährig sind, und unter Vormündern stehen.

i) Vergl. überh. Vinnius de pact. et transact. Noodt de pact. (op. T. 1.). S. Stryk de cautelis contractuum. Viteb. 1704. J. Claproth v. richtiger und vorsicht. Eingehung der Verträge u. Contracte. 2. B. Gött. 1786. I. P. F. (Höpfner) Sammlung der Römischen Gesetze. Frkf. u. Leipz. 1785. Griesinger v. d. Verbindl. d. Vertr. Tübing. 1793. J. Kaufmann von Obligationen und Verträgen. Wien 1820.

k) L. 1. §. 3. de pact. (2. 14.).

l) §. 8. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 5. 40. de R. I. (50. 17.).

m) L. 18. §. 1. de A. l. A. P. (41. 2.).

n) c. 14. X. de vit. honest. clericor. (3. 1.).

o) L. 48. de R. I. (50. 17.). Meine Theor. d. log. Ausl. S. 182. 183. Seuffert Erört. einz. Lehren nr. 13.

p) §. 10. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 70. de V. O. (45. 1.).

§. 143.

II) Was gehört zur Einwilligung? 1) Vollendete Uebereinkunft.

Zur völlig bindenden Einwilligung gehört 1) die vollendete, von dem Andern gehörig angenommene Erklärung, sich verbindlich zu machen q). Die gewöhnlichen Complimente, daſs man z. B. mit allem zu Dienste stehe, verbinden daher, selbst wenn sie einer frommen Stiftung gemacht werden, eben so wenig r), als wenn das Anerbieten des Promittenten von dem andern Theil nicht in Gemäſsheit des Anerbietens s), nicht zur gehörigen Zeit, oder nach Zurücknahme desselben t) acceptirt wird. Selbst bey remissorischen, auch illiquide Puncte betreffenden u), oder remuneratorischen Nachlaſsverträgen ist diese Acceptation erfoderlich, sofern nicht ein dingliches Recht aufgegeben wird x); doch hält man sie bey einem eidlichen Anerbieten für überflüssig y). Eben so wenig ist ein bindender Vertrag vorhanden, wenn ein Theil noch nicht in allen Puncten seinen Willen vollständig erklärt hat z), also auch nicht, wenn das, was den Gegenstand eines Vertrags ausmachen soll, noch der Ueberlegung der Contrahenten überlassen ist (Tractaten) a). Sind die Hauptpuncte eines Vertrags kurz aufgesetzt, und ist nur die förmliche Extension derselben der weiteren Vereinbarung überlassen (Punctation), so ist allerdings eine bindende Einwilligung vorhanden b); so wie, wenn über einen künftigen Contract ein präparatorischer Contract so geschlossen ist, daſs er den Inhalt des künftigen Vertrags bestimmt genug angibt c).

q) L. 5. C. de contr. vel c. stip. (8. 38.).

r) Cap. 6. X. de institution. (3. 7.). Thomasius de promiss. rei incert. §. 21—29. Auch steht L. 39. §. 1. de fideicomm. lib. (40. 5.) nicht im Wege.

s) L. 1. §. 4. de V. O. (45. 1.). D. Dieterici de acceptatione. Erf. 1693. H. Rudloff de acceptatione et eius iure. Alt. 1676.

t) Mevius P. 2. Dec. 141. Rudloff l. c. §. 65. 66. Archiv für civilist. Praxis. 2. B. 2. Hft. nr. 25.

u) Dieterici l. c. §. 23. 28. A. M. ist Rudloff l. c. §. 47.

x) L. 64. de usufr. (7. 1.). L. 9. §. 3. de pignor. act. (13. 7.) Tit. P. pro derelicto (41. 7.) L. 91. de solutt. (46. 3.) L. 7. C. de remiss. pign. (8. 26.). Abweichend auf verschiedene Art sind: Rudloff §. 48. Archiv für civil. Prax. 8. B. 3. Hft. nr. 15.

y) Rudloff l. c. §. 37. Dieterici §. 17.

z) S. oben §. 135.

a) I. G. Bremen de tractatibus. Ien. 1681.

b) P. Müller de minuta vulgo v. Punctationen. Jen. 1690. Danz Handb. d. D. R. 2. B. §. 185.

c) L. 68. de V. O. (45. 1.) L. 3. C. de rer. permut. (4. 64.). Wernher T. 1. P. 3. Obs. 97. Leyser Spec. 39. m. 6. 7. A. G.

§. 144.

Ueber die Arrha insbesondere.

Nicht selten geben sich die Contrahenten Etwas, zum Zeichen, dafs sie in vertragsmäfsigen Verhältnissen stehen. Diefs nennt man *Arrha* (Haftgeld, Handgeld, oder auch wohl Angeld) [d]. Wird die *Arrha* zum Zeichen eines wirklich vollkommen abgeschlossenen Vertrags gegeben, so heifst sie *Arrha pacto perfecto data;* soll sie dagegen nur zum Zeichen eines künftig zu schliefsenden Vertrags dienen, so erhält sie den Namen *Arrha pacto imperfecto data.* Im letzten Fall verliert der, welcher die Vollendung des Vertrags verweigert, die von ihm gegebene *Arrha,* und wenn er eine solche empfangen, aber nicht gegeben hat, so mufs er das Empfangene doppelt herausgeben [e]; doch bleibt es bey der blofsen Rückgabe, wenn mit beider Willen, oder einseitig aus rechtlichen Gründen die Verabredung sich zerschlägt [f]. Die erste hingegen dient im Zweifel nur zum Zeichen der unumstöfslichen Verbindlichkeit des Vertrags, und nur dann, wenn es besonders ausgemacht ist, kann ein Contrahent, gegen den Verlust derselben, den Vertrag einseitig wieder aufheben [g]. Daher die Eintheilung in *Arrha confirmatoria* und *poenitentialis.* Sollte jedoch bey der ersten die Erfüllung des Hauptgeschäfts nicht stattfinden, so ist die *Arrha* zurückzugeben, und der schuldige Theil verwirkt, was er unter diesem Namen gegeben hat [h]. Wird aber das Geschäft geschlossen oder erfüllt, so ist bey allen Arten des Angeldes die empfangene *Arrha* zurückzugeben, oder auf den Preis in Abrechnung zu bringen [i], wenn nicht, wie es in Deutschland häufig der

Petermann de valore pactorum quibus contractus praeparantur. Lips. 1730.

d) L. 35. pr. de contr. emt. (18. 1.). W. A. Lauterbach de arrha eiusque iure. Tub. 1657. C. Thomasius de arrhis emtion. Hal. 1702. I. H. Reuter de arrha pacto imperf. data. Hal. 1747. L. A. Limmer de arrhis emtion. imperfect. Goett. 1768. Andre verstehen auch unter dem Angelde den voraus bezahlten Theil des Preises. Lauterbach l. c. §. 31. Wernher lect. c. L. 18. T. 1. §. 6.

e) pr. I. de emtion. et vend. (3. 24.) L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.).

f) L. 11. §. 6. eod. Lauterbach §. 135—159.

g) L. 3. 6. C. de rescind. vend. (4. 44.). Meditat. über versch. R. M. 6. B. n. 343. Höpfner Comm. §. 744.

h) L. 6. pr. de leg. comm. (18. 3.).

i) L. 5. §. 15. de inst. act. (14.

Fall ist, besondere Gewohnheiten eine Ausnahme machen k). Die Rückgabe der *Arrha* kann übrigens in allen Fällen nur durch eine persönliche Klage gegen den Empfänger verfolgt werden l).

§. 145.

2) Mangel eines Irrthums.

Es mufs ferner 2) die Einwilligung denselben Gegenstand betreffen. Geschieht diefs nicht, so ist ein Irrthum vorhanden, welcher sowohl das Nicht-als Falsch-Wissen begreift m), aber überhaupt nur insofern in Betracht kommt, als er nicht durch grobe Nachlässigkeit verschuldet ist n), und wirklich erweislich gemacht wird o). Ueber den Fall, wenn ein Geschäft durch Stellvertreter geschlossen wird, lassen sich die Gesetze nicht wohl vereinigen p).

§. 146.

Fortsetzung über den Irrthum.

Was die Wirkungen des Irrthums betrifft, so unterscheide man: I) beide Theile irren (*error bilateralis*). Wird in diesem Fall 1) der Irrthum als ein wesentlicher (*essentialis*) angesehen, so ist jedes Geschäft nichtig q). Hieher gehören die Fälle: A) wenn jeder einen ganz verschiedenen oder nicht existirenden Gegenstand, als existirend, im Sinn hat r); B) wenn über wesentliche Eigenschaften des Vertrags, oder dessen Gegenstandes geirrt wird. Dahin gehört, a) wenn sich Jemand eigne Sachen als fremde, oder

3.) L. 11. §. 6. de act. e. v. (19. 1.). Lauterbach §. 128—130. Wernher lect. comm. l. c.

k) Lauterbach §. 131. 133.

l) L. 11. §. 6. de act. e. v. (19. 1.) L. 3. C. eod. (4. 49.). Lauterbach §. 92.

m) S. überh. I. H. Felz D. 1. 2. de error. in contr. Argent. 1713. 1719. Gundlingiana 33. St. n. 1. F. G. Struv de effect. error. in contract. Kil. 1749. C. F. G. Meister de effectu erroris in emt. venditione. Goett. 1751. Hommel rhaps. Obs. 684. G. L. Kern de errore contrahentium. Götting. 1806.

n) L. 45. de contr. emt. (18. 1.) L. 16. §. 2. de liberal. causs. (40. 12.) L. 15. C. de resc. vend. (4. 44.).

o) Meine Vers. 2. B. S. 126—129.

p) L. 5. de tribut. act. (14. 4.) L. 13. de contr. emt. (18. 1.) L. 51. §. 1. de aedil. ed. (21. 1.) L. 17. L. 22. §. 5. de liber. causs. (40. 12.) L. 2. de litigios. (44. 6.). Accursius ad L. 13. cit. Mühlenbruch von der Cession S. 88—98.

q) L. 57. de O. et A. (44. 7.).

r) L. 9. pr. L. 57. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 83. §. 1. L. 137. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 34. pr. de A. l. A. P. (41. 2.).

dem Verkehr entzogene Sachen bedingt s); b) wenn dem, welcher sich einen Preis bedingt, weniger, als er denkt, versprochen wird. Wird ihm mehr versprochen, so ist bloſs dieſs Mehrere hinfällig t). c) Wenn die behandelte Sache gröſstentheils vernichtet, oder die Substanz in den inneren Haupttheilen des Objects nicht wenigstens zum Theil vorhanden u), und der Vertrag kein solcher ist, wobey nur Ein Theil dem andern etwas verspricht x); d) wenn die Contrahenten über ihre Personen irren, selbst dann, wenn ein solcher Irrthum nicht zugleich einen wesentlichen Irrthum über den Gegenstand des Vertrags zur Folge hat y). Dagegen ist ein Irrthum über die Bewegungsgründe in der Regel z), nur wenige Fälle ausgenommen a), ohne allen Einfluſs. e) Wenn über die Art des Vertrags keine Einstimmung stattfindet; doch widerstreiten sich die Gesetze über die Frage, ob, wenn beide in der Uebertragung des Eigenthums übereinstimmen, diese Uebertragung nicht erfolgt, wenn der eine Theil schenken wollte b). Ist dagegen 2) der Irrthum nicht wesentlich *(non essentialis, concomitans)*, so besteht das Geschäft; doch kann A) in zweydeutigen Fällen der, welcher etwas weggeben soll, verlangen, daſs das, was er dachte, vorgezogen werde c); wenn aber B) der Vertrag bestimmt ist, so muſs man wieder unterscheiden: a) es hat Jemand von einer Sache gegen einen Preis zuviel versprochen, oder weggegeben: in diesem Fall kann er, wenn es möglich ist, das Zuviel einbehalten, oder zurück-

s) L. 16. pr. L. 22. 23. 24. 62. §. 11. de contr. emt. (18. 1.).

t) L. 9. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 52. locat. (19. 2.). Meine Vers. 2. B. 4. Abh. n. I.

u) L. 9. §. 2. L. 10. L. 14. L. 41. §. 1. L. 57. de contr. emt. (18. 1.). Das: inauratum in L. 14. cit. heiſst nicht übergüldet, sondern mit Gold versetzt. Averan. int. L. 1. c. 19. n. 7. Bynkershoek Obs. L. 6. c. 14. S. auch Cocceii contr. L. 18. T. 1. qu. 5. 48. 49.

x) L. 1. §. 2. de pignor. act. (13. 7.) L. 22. de V. O. (45. 1.) L. 20. pr. de furt. (47. 2.). Averan. interpr. L. 1. c. 19.

y) L. 32. de reb. cred. (12. 1.). Meine Vers. a. a. O. n. III.

z) L. 65. §. 2. de cond. indeb. (12. 6.) L. 34. pr. de contr. emt. (18. 1.). Abweichend ist wieder Valett Abhandl. Gött. 1824. S. 183—215.

a) L. 58. eod. L. 5. §. 1. de act. E. V. (19. 1.). Meine Vers. a. a. O. n. II.

b) L. 9. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 18. pr. §. 1. de reb. cred. (12. 1.) L. 36. de acquir. rer. dom. (41. 1.). Vergl. Cocceii L. 12. T. 1. qu. 6. Glück Comm. 4. B. §. 297. S. 154. fgg. 8. B. S. 121—123. Gesterding vom Eigenthum S. 136—139. Seuffert Erört. einz. Lehren 2. St. S. 24. 25.

c) L. 138. §. 1. de V. O. (45. 1.).

fodern d), sont aber verhältnifsmäfsige Erhöhung des Preises verlangen e). Hat er aber b) gegen einen Preis zu wenig erhalten, so ist, durch Einbehalten oder Zurückfodern, eine verhältnifsmäfsige Verkürzung des Preises erlaubt f).

§. 147.

Fortsetzung.

II) Ist der Irrthum einseitig *(unilateralis)*, d. h. der Eine irrt, und der Andre weifs diefs, so unterscheide man: 1) der Promittent ist im Irrthum. Weifs dann A) der Acceptant, dafs ihm etwas Schlechteres versprochen wird, als der Promittent zu versprechen denkt, so gilt das Geschäft; doch hat der Acceptant eine Einrede, wenn das Geschäft durch Privatwillkühr nicht vollgültig werden konnte g). Ist aber B) dem Acceptanten bekannt, dafs ihm mehr, oder etwas Besseres versprochen wird, als der Promittent denkt, so ist entweder a) der Irrthum wesentlich: alsdann ist das Geschäft nichtig; oder b) aufserwesentlich: dann kann des Irrthums wegen nur Entschädigung verlangt werden, wiewohl es möglich ist, dafs sich aus andern Gründen (z. B. der Arglist wegen) gänzliche Vernichtung des Geschäfts fodern läfst. Wenn aber 2) der Acceptant im Irrthum ist, so ist entweder A) der Irrthum wesentlich: dann mufs der Vertrag (die Entschädigung vorbehältlich) ungültig seyn; oder B) aufserwesentlich. In diesem Fall hat der Irrende sich über nichts zu beklagen, wenn ihm sein Irrthum nutzt; schadet er ihm hingegen, so kann er als Irrender nur Entschädigung verlangen, nicht aber Ungültigkeit des Geschäfts, wenn er nicht aus andern Gründen zu dieser Foderung berechtigt ist h).

§. 148.

3) eines Betrugs.

Es darf ferner 3) bey einem Vertrage kein Betrug *(dolus)* stattfinden i). Im Allge-

d) L. 18. §. 3. de dolo mal. (4. 3.).

e) L. 40. §. 2. de contr. emt. (18. 1.).

f) L. 4. §. 1. L. 42. de act. E. V. (19. 1.) L. 57. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 69. §. 6. de evict. (21. 2.).

g) L. 34. §. 3. L. 57. §. 2. de contr. emt. (18. 1.).

h) Vergl. überh. Meine Vers. a. a. O. n. V. Glück Erl. d. Pand. 16. B. §. 973.

i) Braun vom Betruge in Verträgen. (Erlang. gel. Zeit. 1752. n. V.). Gmelin jur. Beobacht. 2. B. n. 13. G. Noodt de forma emendand. dol. mal. (op. T. 1.). Wehrn doctr. iur. explicat. princ. damni etc. cap. 2.

meinen bezeichnet man durch den Ausdruck *dolus* Alles, was nicht auf dem graden Wege geschieht. Ist diefs juristisch erlaubt, so nennt man es *dolus bonus*, im entgegengesetzten Fall Arglist oder *dolus malus* k). Ist ein solcher Betrug mit einer Verstellung verknüpft, so wird er ein heimlicher *(clandestinus)*, im entgegengesetzten Fall ein öffentlicher *(manifestus, apertus)* genannt l). Auf die Ungültigkeit eines Vertrags hat nicht der öffentliche Betrug, aufser wenn er mit einem Zwange verbunden ist, sondern nur die heimliche Arglist, insofern sie dem Vertrage vorhergeht *(dolus ex proposito, personalis)*, und demselben nicht folgt *(d. ex re s. realis)* m), Einflufs, jedoch unter sehr verschiedenen Bestimmungen, je nachdem der eine Contrahent durch Arglist des andern überhaupt zur Eingehung des Geschäfts, oder nur zur Billigung einer Nebenbestimmung bewogen ward. In jenem Fall nennt man ihn einen Hauptbetrug *(dolus caussam dans)*, in diesem einen Nebenbetrug *(incidens)* n), eine Eintheilung, welche in der Natur der Sache und den Gesetzen gegründet ist o). Beide müssen aber erwiesen werden p), wenn sie das Gesetz nicht präsumirt q), welches bey jeder, äufserlich unerlaubten That der Fall ist r).

§. 149.

Fortsetzung. Rührt in einem Contract I) der Betrug

k) L. 1. §. 2. 3. de dol. mal. (4. 3.) L. 7. §. 9. de pact. (2. 14.) L. 22. §. 3. locat. (19. 2.). Leyser Sp. 59. m. 1. 2. E. Otto de dolo bono. (Dissert. n. 10.). I. C. Winter de eo quod iustum est circa dol. bon. Helmst. 1716.

l) L. 1. §. 2. de dolo malo (4. 3.).

m) Die Eintheilung ist veranlafst durch L. 7. §. 11. de pact. (2. 14.) L. 1. §. ult. depos. (16. 3.). Koehler int. iur. Rom. L. 1. c. 4. §. 4. Wehrn l. c. p. 32. Hotomann Obs. L. 1. c. 10. Huber Digress. L. 3. c. 25.

n) Nettelbladt de doli incident. et causs. dant. in contract. effect. Hal. 1744.

o) L. 7. pr. de dol. mal. (4. 3.) L. 13. §. 4. de act. E. V. (19. 1.). A. M. ist Noodt l. c. cap. 14. L. J. Neustetel Diss. bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla. Heidelb. 1818. p. 14—16. 35—48. Allein s. Koehler int. iur. R. c. 5. §. 8. Valett Abh. Gött. 1824. S. 63—138. B. F. G. van Zoelen de principiis general. quibus usi videntur ICti in constituenda doctrina de doli et culpae praestatione. Lugd. Bat. 1824. p. 41—62.

p) L. 18. §. 1. de probat. (22. 3.) L. 1. §. 2. de dol. exc. (44. 4.) L. 6. C. de dolo malo (2. 21.).

q) L. 44. mandat. (17. 1.). M. Stein de dolo praesumto in rebus licitis. Rost. 1712.

r) L. 36. de pecul. (15. 1.) L. 8.

von den Contrahenten her, und zwar 1) nur von dem einen Theile, so macht A) der *incidens* das Geschäft nicht ungültig, sondern er begründet nur Ansprüche auf Entschädigung, welche durch Einreden oder Klagen zu verfolgen sind, und zwar *in bonae fidei negotiis* durch die Contracts-Klage, in andern durch die *actio de dolo*, wenn man sich nicht auf den Fall des Betrug eine besondere Klage ausgemacht hat [s]). Um so weniger kann daher der Betrüger von dem Geschäft abgehen [t]). Ist aber der Betrug B) *caussam dans*, so wird dadurch a) ein *bonae fidei negotium*, wenn der Betrogene nicht mit Schadensersatz zufrieden seyn will, schlechthin nichtig [u]); doch kann das Gegebene, sofern sich keine Cession vom Betrüger auswirken läſst, nicht von dem dritten Besitzer abgefodert werden [x]). Ist das Geschäft aber b) *stricti iuris*, so muſs dagegen (wie unten in der Lehre von der Restitution weiter zu zeigen ist) Wiedereinsetzung gesucht werden. Verfuhren 2) beide Theile arglistig, so vernichtet A) der *dolus caussam dans* das ganze Geschäft, und kein Theil hat gegen den andern auf Entschädigung eine Klage [y]); hingegen kann B) der *incidens* nicht das Geschäft, sondern nur die gegenseitigen Ansprüche auf Scha-

§. 9. mandat. (17. 1.) L. 7. pr. de admin. tut. (26. 7.) L. 1. C. ad Leg. Corn. de sicar. (9. 16.) L. 5. C. de iniur. (9. 35.).

s) L. 13. §. 4. 5. L. 32. L. 49. pr. de act. E. V. (19. 1.) L. 7. §. 3. de dolo mal. (4. 3.). F. Kaemmerer de clausula doli mali in contractibus. Heidelb. 1808.

t) L. 13. §. 4. 5. cit. L. 48. §. 1. de aedil. edict. (21. 1.). A. M. ist Hellfeld iurispr. for. §. 296. Weber in d. Not. zu Höpfner §. 1008. not. 2.

u) L. 7. pr. de dol. mal. (4. 3.) L. 21. solut. matrim. (24. 3.). Vinnii qu. sel. L. 1. c. 12. Cocceii I. C. L. 4. T. 3. qu. 3.

x) L. 10. C. de resc. vend. (4. 44.). Die ganze Lehre von den Condictionen, verglichen mit §. 15. I. de act. (4. 6.), und richtigen Begriffen über den Irrthum, ist auch dafür. A. M. s. Voet C. L. 4. T. 3. §. 3. Boehmer ius D. ibid. §. 5. Harprecht de rerum decoctori vel decoctionis candidato venditarum vindicatione §. 25. n. 228. Marquard de iure mercator. L. 2. c. 2. n. 16. Berger oecon. iur. L. 2. P. 2. §. 18. not. 4. S. van Leeuwen censura forens. P. 1. L. 4. c. 19. n. 20. Allein s. Schöman Handb. 2. B. S. 97—114. verglichen mit den Rechtsgutachten der Heidelberger Jurist. Fac. herausgegeben von Martin. 1. B. S. 293—319. F. ab Usedom de iure eius qui dolo malo circumscriptus est quoad tertiam personam. Sundiae. 1815. Neustetel l. c. Gesterding alte und neue Irrthümer. S. 55—80. Gottschalk Disc. for. T. 3. nr. 31. van Zoelen l. c. p. 33—41.

y) L. 36. de dol. mal. (4. 3.) L. 34. §. 3. L. 57. §. 3. de contr. emt. (18. 1.) L. 4. §. 23. de dol. mal. et met. except. (44. 4.) L. 154. de R. I. (50. 17.).

densersatz, so weit sie gleich sind, vernichten [z]). Rührt endlich II) der Betrug von einem Dritten her, so darf der Betrogene, wenn er 1) von seinem Mitcontrahenten vermöge der Natur des Contracts Entschädigung erhalten kann, den Betrüger gar nicht in Anspruch nehmen, wohl aber, 2) wenn Jenes nicht möglich ist [a]). Weiter kann aber dem Betrogenen, selbst wenn der Betrüger insolvent seyn sollte, nicht geholfen werden [b]).

§. 150.

4) eines Zwanges.

Im Ganzen sehr ähnliche Wirkungen bey Verträgen hat 4) der Zwang [c]), es bestehe derselbe nun in wirklicher Gewalt *(vis)*, d. h. der Anwendung eines zwingenden Uebels, oder blofs in Erregung einer Furcht *(metus)*, durch Androhung eines künftigen Uebels [d]), jedoch, wie bey der Arglist (§. 148.), mit Unterscheidung zwischen einem Haupt- und Nebenzwange *(m. caussam dans, incidens)* [e]).

§. 151.

Fortsetzung.

Damit Furcht und Gewalt als Grund angesehen werden können, den dadurch Bewogenen von Verbindlichkeiten zu befreyen, müssen wirkliche, und zwar ungerechte Zwangsmittel und Drohungen stattgehabt haben, denen auch der gesetzte Mensch in der Regel nicht zu widerstehen vermag [f]). Es ist also 1) keine Entschuldigung für den Gezwungenen, wenn der, welcher den Zwang anwandte, dazu rechtlich befugt war *(metus iustus ex parte inferentis)* [g]), oder 2) wenn er sich, es sey nun

z) arg. L. 39. sol. matr. (24. 3.) L. 34. pr. de contr. emt. (18. 1.).

a) L. 1. §. 8. L. 2. — L. 7. pr. L. 18. §. 3. de dol. mal. (4. 3.) L. 2. de proxenet. (50. 14.).

b) A. M. s. Leyser Sp. 59. M. 4. Sp. 296. M. 9. Glück Comment. §. 296. Allein s. Meine Vers. 2. B. 4. Abh. Nr. VII.

c) N. H. Gundling de singular. efficient. metus etc. Hal. 1711. (in exerc. acad. T. 1.). I. F. Rhetius de metu eiusque operat. in iure. (Diss. V. 2. n. 9.). I. H. Boehmer de except. met. iniusti in stat. natural. et civil. Hal. 1720. I. C. Rudolph de effect. met. in pact. et contr. Erl. 1760. Siebenkees jur. Mag. 2. B. S. 156. fgg. C. F. Walch de negot. et act. vi metuve extort. Ien. 1790. C. v. Lennep de eo quod met. c. gest. Lugd. 1786.

d) L. 1. quod met. causs. (4. 2.).

e) Cuiac Comm. ad L. 36. de V. O.

f) L. 3. §. 1. L. 4. L. 7. L. 8. L. 22. h. t. (4. 2.) L. 4. 9. C. eod. (2. 20.).

g) L. 3. §. 1. h. t. (4. 2.). Mevius P. 2. Dec. 41. P. 5. Dec. 273.

durch die Rücksicht auf das Ansehn einer Person *(metus reverentialis)*, ohne daſs diese Zwang anwandte h), oder durch andere Vorstellungen, welche durch keine Drohung erregt wurden, fortreiſsen lieſs i); so wenig als 3) wenn er den Uebeln widerstehen konnte, oder sie als rechtlicher Mann nicht zu fürchten brauchte, wie z. B. die Bedrohung mit einer infamirenden Klage k).

§. 152.

Fortsetzung. In Ansehung der Wirkungen eines ungerechten Zwanges unterscheide man: I) Er rührt von einem der Contrahenten her. Ist dieſs, so bewirkt 1) der *metus incidens* nur Ansprüche auf Schadensersatz l), hingegen 2) der *caussam dans*, wenn er A) unter Androhung gesetzmäſsiger Gewalt ausgeübt ist, unbedingt Nichtigkeit des Geschäfts m). Ist er B) von andrer Art, so ist a) ein *stricti iuris negotium*, und ein dissolvirendes Geschäft nicht *ipso iure* nichtig, sondern es muſs dagegen Restitution gesucht werden n), während b) ein constituirendes *bonae fidei negotium* (und nach den von diesem geltenden Grundsätzen sind jetzt o) alle Geschäfte zu behandeln) schlechthin dadurch vernichtet wird p); wiewohl dem Gezwungenen, sofern es ihm vortheilhafter ist, auch die Rechtsmittel des Restituirten gestattet werden q). Hat II) ein Dritter den Zwang angewandt, aber 1) nicht direct in der Absicht, die dadurch bewirkte Handlung zu erpressen; so kann der Gezwungene dieſs gegen seinen Contrahenten nicht anführen r); es kommt ihm aber 2) un-

h) L. 6. C. h. t. (2. 20.) L. 22. de rit. nupt. (23. 2.) cap. 14. 15. X. de sponsal. (4. 1.). Vergl. mit Willenberg de metu reverent. Gedan. 1707. Gail L. 2. Obs. 93. N. 22. Lauterbach coll. L. 4. T. 2. §. 15.

i) L. 21. pr. h. t. (4. 2.).

k) L. 7. pr. l. c. L. 9. 10. C. eod. (2. 20.). S. auch noch Huber pr. ad P. L. 4. T. 2. §. 2. Hübner über Ehre und Ehrlosigkeit S. 139—143.

l) L. 5. C. h. t. (2. 20.).

m) L. 11. 12. C. eod. L. 3. C. de cond. ob turpem causs. (4. 7.) L. 1. de concuss. (47. 13.).

n) §. 1. I. de except. (4. 13.) L. 9. §. 3. L. 21. §. 4. 5. h. t. (4. 2.) L. 5. C. de inutil. stipul. (8. 39.).

o) nach cap. 2. 4. X. de his quae vi (1. 40.) cap. un. eod. in 6. (1. 20.). Emminghaus ad Cocceii L. 4. T. 2. qu. 2. not. i.

p) L. 14. §. 13. L. 21. §. 3. 4. h. t. (4. 2.) L. 2. §. 8. de vi bon. raptor. (47. 8.) L. 13. de sponsal. (23. 1.) L. 21. de ritu nupt. (23. 2.) L. 116. pr. de R. I. (50. 17.) L. 1. C. de resc. vend. (4. 44.). Walch l. c. Sect. 1. §. 3. fgg. Emminghaus ad Cocceii L. 4. T. 2. qu. 2. A. M. ist Höpfner im Comm. §. 1005.

q) L. 4. C. h. t. (2. 20.).

r) L. 9. §. 1. h. t. (4. 2.). Voet Comm. eod. §. 1.

bedingt gegen diesen zu statten, wenn durch den Zwang die daraus erfolgte Handlung bezweckt ward [s]); doch versteht es sich, dafs der nicht gezwungene Contrahent, welcher hierunter leidet, sich an dem Zwingenden erholen kann.

§. 153.

5) Ernstliche Einwilligung.

Die Einwilligung mufs endlich 5) von beiden Seiten ernstlich seyn, und nicht zum Schein (*simulatio*) gegeben werden [t]). Soll ein solcher Scheinvertrag (*contractus mohatrae*) nicht zur Bemäntelung eines andern dienen, so ist er ganz hinfällig; doch kann er, wenn er arglistig zur Berückung eines Dritten geschlossen ward, diesen zu Entschädigungsfoderungen berechtigen [u]). Dient er hingegen zur Verdeckung eines andern Geschäfts, so ist er nichtig, wenn dieses ungültig, oder wenn es in sich selbst ganz widersprechend, gültig hingegen, wenn das intendirte Geschäft an sich rechtsbeständig war; doch wird dann nicht das simulirte, sondern das intendirte Geschäft als Inhalt des Vertrags angesehen [x]).

§. 154.

II) Ueber welche Sachen?

In der Regel können alle Sachen, körperliche sowohl als unkörperliche, gegenwärtige und zukünftige, Gegenstand eines Vertrags seyn. Verspricht Jemand für etwas Zukünftiges, es werde nun wirklich, oder nicht, eine Gegenleistung, so nennen Viele diefs *pactum de spe;* wenn er hingegen seine Gegenleistung ganz oder zum Theil von der gänzlichen oder theilweisen Existenz des zukünftigen Dinges abhängig macht, *pactum de re sperata* [y]). Das Erste

s) I. 14. §. 3. h. t. (4. 2.). Die Worte eo sciente in L. 5. C. eod. (2. 20.) sind demnach blofs als enunciativ zu betrachten. A. M. ist Glück Comm. 4. B. S. 180. 181.

t) H. de Cocceii de simulat. Frkf. 1693. (Exerc. vol. 1. n. 89.). C. Ziegler de mohatra contractu. Wittenb. 1663. G. Schubart de contractu simulato. Ien. 1692. Cocceii ius contr. L. 18. T. 1. qu. 52—55. I. S. F. de Lichtenstein de simulat. circa matrim. Goett. 1743. C. Klien de negotiis simulatis. Lips. 1821.

u) L. 55. de contr. emt. (18. 1.) L. 54. de O. et A. (44. 7.) L. 21. C. de transact. (2. 4.). Leyser Sp. 42. m. 5.

x) L. 6. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 24. L. 26. §. 1. depos. (16. 3.) L. 36. 38. de contr. emt. (18. 1.) L. 46. locat. (19. 2.) L. 5. C. si quis alteri vel sibi (4. 50.).

y) L. 8. pr. §. 1. L. 34. §. 2.

findet im Zweifel bey allen, gänzlich vom ungewissen Zufall abhängigen Objecten, das Letzte hingegen bey den Dingen Statt, deren Wirklichwerden sich nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur erwarten läſst z).

§. 155.

Fortsetzung. Es kann ferner nicht bloſs eine bestimmte Sache zum Gegenstande eines Vertrags gemacht werden, sondern auch eine Gattung; nur muſs diese nicht so unbestimmt angegeben seyn, daſs durch eine, den Worten gemäſse Wahl der Vertrag bedeutungslos werden kann a); auch darf das, was ein Contrahent zu leisten hat, nicht der bloſsen Willkühr desselben anheim gegeben werden b). Dem billigen Ermessen desselben kann man *in bonae fidei negotiis* die Bestimmung überlassen, welches dann zur Folge hat, daſs eine unbillige Bestimmung auf dem Wege Rechtens angefochten werden kann c). Auch ist es erlaubt, einen Dritten *(arbitrator)* zu jenem Zweck zu wählen; doch zerschlägt sich der Vertrag, wenn derselbe den Auftrag ablehnt, während der Vertrag an sich nichts gilt, wenn unbestimmt die Entscheidung eines Dritten vorbehalten ist. Erfolgt aber der Ausspruch, so kann dieser, wenn er unbillig ist, gleichfalls durch eine sogenannte *reductio ad arbitrium boni viri*, und zwar, wenn er den wahren Werth angeben sollte, wegen jeder, sonst aber nur wegen einer unmäſsigen Verletzung, bestritten werden d).

L. 39. §. 1. de contr. emt. (18. 1.) L. 11. §. 18. L. 12. de act. E. V. (19. 1.). Die Terminologie ist indeſs nicht bey allen gleich. S. L. Baudiſs iustitia emt. aleae, occas. L. 8. de contr. emt. Alt. 1685. I. U. Cramer op. T. 2. n. 15. Höpfner Comm. §. 740. 866. H. M. Schütte de eo quod iustum est circa rer. futur. vendit. Erf. 1743. Westphal v. d. Handel über künft. ungewiss. Gewinn. Halle 1783.

z) S. die Allegate in not. y. Glück Comm. §. 303. S. 192—200. A. M. ist Westphal a. a. O.

a) L. 75. §. 1. L. 94. L. 115. pr. de V. O. (45. 1.) §. 22. I. de legat. (2. 20.) L. 37. pr. de legat. I. (30.) L. 60. de V. S. (50. 16.) vergl. mit Averan. int. L. 4. c. 14. C. Thomasius de promiss. rei incert. Hal. 1715. §. 35. Gebauer de opt. vel elect. legat. c. 3.

b) L. 7. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 17. L. 46. §. 3. L. 108. §. 1. de V. O. (45. 1.) L. 13. C. de contr. emt. (4. 38.).

c) L. 22. §. 1. de R. I. (50. 17.) L. 1. 3. C. de dot. promiss. (5. 11.) L. 24. pr. locat. (19. 2.) L. 69. §. 4. de iur. dot. (23. 3.) L. 108. §. 1. de V. O. (45. 1.). Gothofred comm. ad L. 22. de R. I. Struv. evol. contr. L. 18. T. 1. Th. 19. A. M. ist Glück Erl. d. Pand. 16. B. S. 81. 82.

d) §. 1. I. de emt. vend. (3. 24.)

§. 156.

Fortsetzung. Handel in Bausch und Bogen.

Wenn der Gegenstand eines Vertrags bestimmt ist, so kann er es durchaus seyn, oder nur in gewissem Betracht. Unter die letzte Rubrik gehört also der Vertrag, wodurch Jemand eine Sache in Bausch und Bogen *(per aversionem)*, d. h. ein, aus mehreren Theilen bestehendes Ganzes so überlassen wird, daſs er, statt sich das Einzelne zuzählen, oder zumessen zu lassen, das Ganze annimt e). Der, welchem das Ganze zufällt, behält dann dasselbe, wenn es auch mehr, als er erwartete, enthalten sollte; der Andre hingegen muſs im Zweifel Alles ersetzen, was an dem von ihm angegebenen Maaſs fehlt, sofern er nicht namentlich das Gegentheil bedungen hat f).

§. 157.

Fortsetzung. Honorarium.

Es kann bey Verträgen von beiden, oder nur von einer Seite etwas bedungen werden. Läſst sich Jemand etwas für Dienste versprechen, welche keinen Marktpreis haben, wohin besonders die Ausübung liberaler Künste gehört, so heiſst dieſs *Honorarium* g), wiewohl es auch wohl unter dem, sonst nur auf illiberale Dienste beschränkten h) Ausdruck *merces* mit begriffen wird i); auch bezeichnet man durch den Ausdruck *Honorarium* dasjenige, was freywillig für unentgeltlich zu leistende Dienste gegeben wird k).

L. 25. pr. locat. (19. 2.) L. 76—80. pro socio (17. 2.) L. 15. C. de contr. emt. (4. 38.). Vinnii qu. sel. L. 1. c. 16. Stryk U. M. L. 17. T. 2. §. 6—13. Cocceii I. C. L. 4. T. 8. qu. 1. 7. 8. 9. 10. L. 18. T. 1. qu. 26. Höpfner Comm. §. 870. not. 10. Glück S. 77—79.

e) I. I. Fabri de emt. vend. per aversion. Aurel. 1683. Best ratio emend. leg. cap. 8.

f) L. 1. §. 1. L. 2. pr. L. 4. §. 1. L. 6. pr. L. 38. pr. L. 42. de act. E. V. (19. 1.) L. 4. §. 1. 2. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 69. §. 6. de evict. (21. 2.). Glück S. 85—89.

g) L. 1. pr. si mensor fals. mod. (11. 6.) L. 38. locati (19. 2.).

h) S. die vorige Note und L. ult. de his qui effud. (9. 3.) vergl. mit Weber nat. Verb. §. 13. 14.

i) L. 4. ubi pup. educar. (27. 2.).

k) L. 6. pr. mandat. (17. 1.). A. F. Trendelenburg de honorario. Kil. 1775.

§. 158.

Fortsetzung. Fremde Handlungen und Sachen.

Nur das, was von den Contrahenten erworben und veräufsert werden kann, läfst sich vollgültig zum Gegenstande eines Vertrags machen. Es kann sich also 1) Niemand das bedingen, was er schon hat, insofern es nämlich schon unbedingt sein ist l). Eben so wenig kann 2) dasjenige vollgültig versprochen werden, worüber der Promittent nicht zu schalten befugt ist. Defswegen ist denn A) kein bindender Vertrag über unmoralische, widerrechtliche m) oder fremde Handlungen denkbar n), ausgenommen, wenn der Promittent über die fremden Handlungen zu schalten befugt ist o), wenn er sie bey Strafe versprach p), oder wenn das Versprechen blofs dahin geht (und so versteht man jetzt alle Verträge dieser Art), dafs man sich bemühen wolle, den Dritten zu einer Handlung zu bewegen q); in welchem letzten Fall jedoch, wenn die Handlung aller Mühe ungeachtet nicht erfolgt, der Promittent im Zweifel, sofern seine subsidiarische Verbindlichkeit nicht in der Natur des Geschäfts liegt r), keineswegs auf das Interesse belangt werden kann s). Eben so ist B) jeder Vertrag unvollkommen, welcher über dem Verkehr entzogene Sachen, es sey diefs nun absolut, oder nur in Beziehung auf die Contrahenten geschehen, eingegangen ward t), wiewohl, wenn beiden Theilen, oder nur einem, die Beschaffenheit der Sache unbekannt war, aus dem Vertrage für den Irrenden allerdings persönliche Ansprüche gegen den Andern entspringen u).

§. 159.

Fortsetzung.

Unter diese letzte Rubrik gehören auch

l) L. 34. §. 4. L. 61. de contr. emt. (18. 1.).

m) L. 6. §. 3. L. 22. §. 6. mandat. (17. 1.) L. 15. de condit. inst. (28. 7.) L. 35. pr. §. 1. de V. O. (45. 1.).

n) I. N. Hert de oblig. alium daturum facturum. (opusc. V. 1. T. 3.).

o) L. 5. de duob. reis (45. 2.). Cuiac Obs. L. 5. c. 35.

p) §. 21. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 38. §. 2. de V. O. (45. 1.).

q) §. 3. 21. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 38. pr. L. 83. pr. de V. O. (45. 1.). Höpfners Comment. §. 737. not. 4.

r) L. 13. pr. L. 19. ratam rem hab. (46. 8.).

s) Glück Comm. §. 304. S. 210. fgg. Gesterding alte und neue Irrthümer S. 391—430.

t) L. 4. L. 5. L. 34. §. 2. de contr. emt. (18. 1.).

u) §. 5. I. de emt. vend. (3. 24.) L. 4, 5, 6. L. 22. 23. 24. L. 34. §. 2. L. 62. §. 1. L. 70. de contr. emt. (18. 1.).

in gewissem Betracht fremde Sachen, jedoch unter folgenden Bestimmungen: was Jemand Eigenes an einer fremden Sache hat, kann er, falls es nicht besonders verboten ist, auf einen Andern übertragen [x]; ist aber von wirklich fremdem Gut die Rede, so ist a) die Uebertragung auf den Fall des künftigen Erwerbes unbedingt erlaubt [y], so wie b) wenn der Dritte ausdrücklich oder stillschweigend einwilligt, es sey vor-, oder nachher [z]. Die Ratihabition wirkt sogar rückwärts [a]; doch versteht es sich, dafs erworbenen Rechten eines Dritten dadurch nicht geschadet werden kann [b]. Ist der Fall hingegen c) nicht von dieser Art, so erzeugt der Vertrag, wenn beiden Contrahenten die Beschaffenheit der Sache unbekannt war, persönliche Rechte unter denselben [c], so wie er nichtig ist, wenn das Gegentheil stattfand [d]. Wufste nur einer der Contrahenten um die Beschaffenheit der Sache, so ist diefs entweder der Promittent, oder der Acceptant. Im letzten Fall verpflichtet der Vertrag nur den Acceptanten, wiewohl er, wenn er eine Gegenleistung zu geben hat, diese durch eine Einrede zurückhalten darf, sofern der Promittent ihm die fremde Sache nicht geben kann [e]; in jenem Fall hingegen ist der Vertrag, freilich ohne Nachtheil des Dritten, unter den Contrahenten vollgültig [f]. Auch da, wo nach der Strenge des Rechts zur Gültigkeit des Geschäfts erfoderlich ist, dafs der Promittent Eigenthümer der Sache sey, kann dennoch auf Rückfoderung oder Gegenleistung eine Billigkeitsklage angestellt werden [g].

x) L. 1. 2. C. si pignus pignori (8. 24.) L. 6. C. de locat. conduct. (4. 65.).

y) L. 1. pr. L. 15. §. 1. de pignor. (20. 1.).

z) L. 20. pr. L. 27. de pignor. Act. (13. 7.).

a) L. 16. §. 1. de pignor. (20. 1.).

b) C. G. Gmelin de jure pignor. vel hypoth. quod creditori debitor in re sibi non prop. constit. §. 46. vergl. jedoch mit Westphal Pfandr. §. 116. not. 138.

c) L. 9. §. 4. de pignor. act. (13. 7.). P. Faber Semestr. L. 2. c. 17. 18.

d) L. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.).

e) L. 16. §. 1. de pignor. act. (13. 7.) L. 27. C. de evict. (8. 45.) L. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.).

f) L. 34. §. 3. cit. L. 30. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 16. commod. (13. 6.) L. 22. §. 2. de pign. act. (13. 7.) L. 1. §. 39. depos. (16. 3.).

g) L. 2. §. 4. de reb. cred. (12. 1.) vergl. mit L. 12. in f. L. 13. pr. §. 1. L. 19. §. 1. eod. Ferner: L. 1. §. 2. 3. de rer. permut. (19. 4.) vergl. mit L. 1. §. 1. eod. L. 5. §. 2. in fin. praescript. verb. (19. 5.). Glück Comm. §. 304. S. 202. 203.

§. 160.

IV) Wirkungen der Verträge. 1) Verhältnisse unter den Contrahenten.

Was die Wirkungen der Verträge betrifft, so ist es 1) eine Hauptregel, dafs nur unter den Contrahenten Rechtsverhältnisse dadurch begründet werden, dafs also ein Dritter weder dadurch verpflichtet wird h), noch sich daraus Rechte zuschreiben kann, insofern er nicht dadurch dem Paciscenten dasjenige sichert, was dieser sich bedungen hat *). Ein solcher Vertrag zum Besten eines Dritten ist selbst unter den Contrahenten ungültig i); doch gilt er in aller Hinsicht, wenn der Dritte mit den Contrahenten als Eine Person angesehen werden kann k), und nach der Meynung Vieler, wenn er eidlich bestärkt l), oder zum Vortheil einer frommen Stiftung geschlossen ist m). Unter den Contrahenten hingegen gilt er, wenn der Acceptant ein eignes Interesse bey der Leistung n), oder sich auf den Fall der Nichterfüllung eine Strafe bedungen hat o). Es sind freilich, wie in der Folge erhellen wird, mancherley Ausnahmen hievon gemacht **), allein die Regel ist durch kein neueres Gesetz aufgehoben p). Die Behauptung Mancher, dafs ein Dritter, jetzt nach dem Naturrecht, aus dem, zu seinem Vortheil geschlossenen Vertrage eines Dritten klagen könne q), setzt den zwiefach unmöglichen Beweis voraus, dafs das Naturrecht wirklich dem Römischen Recht widerstreite, und diesem vorzuziehen sey.

h) L. 27. §. 4. de pact. (2. 14.) L. 25. C. eod. (2. 3.) L. 74. de R. I. (50. 17.) Tit. C. inter alios acta aliis non nocere (7. 60.).

*) L. 21. §. 5. L. 22. 23. 24. de pact. (2. 14.).

i) L. 11. de O. et A. (44. 7.) L. 38. §. 17. L. 126. §. 2. de V. O. (45. 1.). I. H. Boehmer de iure ex pacto tertii quaesito. Hal. 1735. H. de Cocceii de iure tertii. Heidelb. 1685. C. F. Ferber de stipulat. tertio facta. Lips. 1688.

k) z. B. Versprechen für den Erben L. un. C. ut. act. et ab hered. (4. 11.), den Hausvater und Herrn L. 45. pr. L. 62. de V. O. (45. 1.) für den Mandans und für Untergebene L. 5. §. 9. de pec. const. (13. 5.) L. ult. C. quando ex facto tut. (5. 39.).

l) Ferber l. c. Th. 37—39.

m) Ferber l. c. Th. 32. 33.

n) L. 38. §. 20. L. 118. §. 2. de V. O. (45. 1.) L. 23. de pact. (2. 14.) L. 3. C. de inutil. stip. (8. 39.).

o) §. 19. I. eod. (3. 20.). Ferber l. c. Th. 18—23.

**) Zusammengestellt sind sie in Wening C. R. 2. B. §. 86.

p) Fachinei contr. L. 3. c. 19. Hilliger ad Donellum L. 12. c. 16. besonders Mühlenbruch v. d. Cession §. 10—14.

q) Höpfner Comment. §. 738. Ferber l. c. §. 40—52. Glück Comm. 25. B. S. 372.

§. 161.

2) Befreyung oder Verpflichtung. Hiebey der

Um 2) die Wirkungen der Verträge unter den Contrahenten näher zu bestimmen, muſs man zuvörderst A) zwischen befreyenden (*liberatoriis*, *negativis*, *de non petendo*), und verpflichtenden (*obligatoriis*, *affirmativis*) unterscheiden. Jene heben eine bestehende Verbindlichkeit auf, und zwar entweder nach der Strenge des Rechts (*ipso iure*), oder nur nach der Billigkeit (*ope exceptionis*); diese hingegen setzen eine neue Verbindlichkeit, welche, wenn dem Vertrage alle rechtlichen Wirkungen beygelegt sind, nicht bloſs durch Einreden, sondern auch durch Klagen verfolgt werden kann [r]).

§. 162.

Unterschied zwischen contractibus und pactis.

Bey den Römern wurden nur die bloſs natürlichen, und durch simple Einwilligung entstandenen Verbindlichkeiten durch jeden Vertrag *ipso iure* vernichtet [s]); auch war es, selbst noch zu Justinians Zeiten [t]), Regel, daſs aus verpflichtenden Verträgen keine Klage, sondern nur eine Einrede entspringe [u]). Sollte ein befreyender Vertrag andere Verbindlichkeiten *ipso iure* vernichten, oder ein verpflichtender klagbar seyn: so muſste eine besondere gesetzliche Bestätigung nachgewiesen werden. Dieſs führt denn von selbst auf die Lehre der Römer über *pacta* und *contractus* [x]).

r) L. 17. §. 1. 2. L. 27. §. 3. de pact. (2. 14.). Coccei I. C. eod. Tit. qu. 15. 16. 17.

s) L. 95. §. 4. de solut. (46. 3.). Vinnius ad §. ult. I. quib. mod. toll. oblig. (3. 30.).

t) Nov. 136. c. 1. Nov. 162. c. 1. pr. Voorda elect. c. 21. Müller ad Leyser Obs. 152. Emminghaus ad Coccei L. 2. T. 14. qu. 10. not. k.

u) L. 1. pr. L. 7. §. 7. L. 40. §. 3. L. 45. de pact. (2. 14.). A. M. ist Höpfner Comm. §. 747. not. 6. C. G. Waechter de condictione caussa data c. n. s. Tubing. 1822. §. 2. 3. Ueber das Geschichtliche dieser Materie vergl. Galvan de usufr. Diss. 16. n. 13. Noodt de pactis L. 1. c. 1. mit Griesinger v. d. Verb. d. Vertr. 1. B. 3. Cap. §. 5. not. o.

x) Vergl. überh. A. Vinnius Tr. de pact. et contractibus. I. D'Avezan contr. lib. 1. (Meermann Thes. T. 4.). Galvan de usufr. c. 16. 17. Noodt de pact. et transact. (op. T. 1.) c. 9—12. Langsdorf de pact. et contract. Romanor. Manh. 1772. auch deutsch mit Anmerk. v. Hugo im Civ. Mag. 1. B. 4. Hft. N. 18. Archiv für civilist. Praxis. 3. B. 1. Hft. nr. 1.

§. 163.

Fortsetzung. Schon durch das ältere Civil-Recht wurden viele Verträge für vollgültig und klagbar erklärt. Diese hiefsen *contractus*, welcher Ausdruck jedoch auch im Allgemeinen jeden Grund einer Verbindlichkeit bezeichnet y). In den neuern Zeiten wurden ebenfalls manche bestätigt. Diese behielten aber, wenn sie nicht in den Gesetzen ausdrücklich *contractus* genannt wurden, den Namen *pacta* z), sie mochten nun durch das neuere Civil-Recht bestätigt seyn (*pacta legitima*) a), oder durch den Prätor (*pacta praetoria*). Die jetzigen Juristen pflegen diese, in den neueren Zeiten bestätigten Verträge *pacta non nuda, s. vestita, s. iusta* zu nennen b), alle andern unbestätigten hingegen hiefsen *pacta nuda* c).

§. 164.

Fortsetzung. Die Theorie des Römischen Rechts über die Contracte d) ist folgende: a) jeder Vertrag kann zu einem Contract erhoben werden, wenn er in eine feierliche Formel (*stipulatio*) eingekleidet wird. Ist diefs geschehen, so nennt man ihn einen Verbal-Contract. b) Die, eine vorhandene Verbindlichkeit bestätigende Scriptur konnte früher dasselbe bewirken; aber das, was man in den Institutionen L. 3. T. 22., unter der Rubrik der Literal-Contracte vorzutragen pflegt *), enthält ein sehr unpassendes Beyspiel hiefür e). c) Vier Verträge

y) L. 20. de iudic. (5. 1.) L. 52. de re iudic. (42. 1.). D'Avezan l. c. L. 1. c. 2. Westenberg de causs. obl. Diss. 2. c. 2. §. 3.

z) S. überh. Inst. L. 3. T. 14 —27. Galvan l. c. cap. 17. Noodt l. c. cap. 9. Hugo Civ. M. a. a. O. S. 456—458.

a) L. 6. de pact. (2. 14.).

b) Vergl. Cuiac Obs. L. 11. c. 17. Vinnius de pact. c. 5. §. 5. Wachendorf de pact. nudis (in diss. triad.).

c) Pauli Sent. rec. L. 2. T. 14. L. 7. §. 4. de pact. (2. 14.).

d) Vergl. überh. instit. L. 3. Tit. 14. fgg. L. 7. pr. §. 1—7. de pact. (2. 14.) L. 1. 2. 3. de praescr. verb. (19. 5.).

*) S. darüber unten §. 899. Ueber das ältere Recht führen genau betrachtet zu demselben Resultat: Cicero pro Roscio c. L. 1. c. 5. Gaius L. 3. §. 128—134. Theophilus L. 3. T. 21. Indefs sind hier die neueren Ansichten sehr verschieden: Grolman u. Löhr Magaz. 2. B. 2. St. n. 1. Savigny Zeitschr. 1. B. 2. Hft. nr. 9. vergl. mit den Heidelb. Jahrb. 1816. S. 98—107. Savigny Rede über den Literalcontract der Römer. Berlin 1819. Archiv für civil. Prax. 7. B. S. 51.

e) Bachov ad Treutler Vol. 1. Disp. 20. Th. 2. G. G. Titius de putativo contr. lite-

(emtio, locatio, mandatum, societas) sind durch das ältere Civil-Recht schon als bloſse Verträge für vollgültig erklärt. Diese heiſsen Consensual-Contracte. Endlich sind d) noch vier andere Verträge *(mutuum, commodatum, depositum, pignus)*, in dem Fall namentlich für vollgültig erklärt, wenn zu der Einwilligung die wirkliche Leistung *(res)* hinzukomme. Diese heiſsen Real-Contracte. In der Folge nahm die ältere Civil-Praxis den allgemeinen Grundsatz an, daſs man bey jedem, an sich nicht klagbaren Vertrage durch die wirkliche Leistung seinen Mit-Contrahenten zur Gegenleistung vollgültig verpflichten könne. Weil die vorhingedachten vier Real-Contracte namentlich im Civil-Recht genannt waren, nicht aber die Verträge, welche unter den eben erwähnten Grundsatz gebracht werden können: so bezeichnet man jene durch die Benennung genannte *(nominati, certi)*, diese durch den Namen ungenannte *(innominati, incerti)* Real-Contracte f). Die letzten lassen sich auf die vier reinen Fälle: *do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias*, zurückführen, obgleich es scheint, daſs man Anfangs am geneigtesten war, bloſs aus den, mit einem wirklichen Geben beginnenden Geschäften eine Klage zu gestatten g). Ein ungenannter Contract kann übrigens recht wohl im gemeinen Leben einen besondern Namen haben, und es ist eine leere Spielerey, ihn dann h) einen irregulairen zu nennen. Uebrigens waren nur die Verbal-Contracte *stricti iuris* (§. 69.), alle übrigen *bonae fidei contractus* i).

rali. Lips. 1691. Langsdorf l. c. §. 5. 13. Meurer iur. Beob. 1. S. 3. Aufs. — Es gibt indeſs Literal-Verträge, und zwar noch jetzt. L. 23. C. ad SCt. Velleian. (4. 29.) L. 17. C. de fide instr. (4. 21.) vergl. mit Cocceii I. C. L. 12. T. 1. qu. 20. Hugo a. a. O. S. 450—52.

f) L. 2. 3. 15. praescr. verb. (19. 5.) L. 9. pr. de reb. cred. (12. 1.) L. 1. pr. de aestimatoria (19. 3.). H. Hahn de contr. innominatis. Helmst. 1643. Zum Theil abweichend sind hier Gans Obligationenrecht S. 169—212. M. Pöhls Vers. einer gründl. Darst. d. Lehre von Innominalcontracten. Heidelb. 1821.

g) L. 7. §. 2. de pact. L. 5. §. 1. 2. 3. L. 15. L. 22. de praescr. verb. (19. 5.) §. 1. I. de locat. (3. 25.). Emminghaus ad Cocceii L. 19. T. 5. qu. ult. Reichhelm Vers. eines Beweises, daſs der Römer nur zwey Arten der ungen. Contr. kannte. Hal. 1800. Hübner und Tittmann Bibl. 1800. 2. B. 2. Hft. n. 68.

h) mit Hahn l. c. Th. 21. 22. 23. u. a.

i) §. 2. I. de iure nat. (1. 2.) §. 28. I. de act. (4. 6.) L. 99. pr. de V. O. (45. 1.). Glück Comm. §. 310. S. auch oben §. 69.

§. 165.

Fortsetzung. Zwischen diesen ungenannten, und jenen genannten Contracten fanden übrigens mehrere Unterschiede Statt k). Von den letzten, weil alle namentlich einzeln im Civil-Recht aufgeführt waren, erzeugte jeder eine besondere, nach ihm benannte Klage. Die ersten hingegen erfoderten, wegen ihrer Mannigfaltigkeit, daſs in jedem einzelnen Fall die Klagformel nach den besonderen vorliegenden Umständen eingerichtet ward. Die, aus allen auf Erfüllung zu richtende Klage hieſs daher allgemein *actio praescriptis verbis*, oder *in factum* l), wiewohl, wenn der Vertrag im gemeinen Leben einen besondern Namen hatte, dieser auch noch wohl als Zusatz hinzugefügt ward m). Die genannten Contracte waren ferner schlechthin für vollgültig erklärt. Die Formel, der Consens, und die Leistung waren also bey ihnen nur letzter Grund der Vollendung des Geschäfts, und kein Contrahent konnte, wenn der Contract existirte, von demselben abgehen, vielmehr durfte die Contracts-Klage nur allein auf Erfüllung des Gegenversprechens angestellt werden n). Bey den ungenannten Contracten hingegen hatte man die Verbindlichkeit bloſs auf die geschehene Leistung gebauet. Dadurch wird aber nur der Empfänger verpflichtet. Der Geber konnte also die *actio praescriptis verbis* auf Erfüllung anstellen, er konnte aber auch, so lange die Gegenleistung nicht erfolgt war, oder der Empfänger zur Erfüllung des Vertrags keine, dem Empfangenen gleichkommenden Verwendungen gemacht hatte, durch die *condictio ob caussam datorum*, oder *condictio caussa data, caussa non secuta* das Gegebene schlechthin der Sinnesänderung wegen (*ob poenitentiam*) zurückfodern o). Bey den, mit

k) I. A. Frommann de contractuum nominatorum et innominatorum differentia. Tub. 1671.

l) Tit. P. de praescr. verb. (19. 5.). Cuiac not. prior. ad §. 2. I. locat. Schulting thes. contr. Dec. 74. Th. 4. V. Riemer de praescr. verb. et in fact. act. Ien. 1619. C. F. Meister de in fact. act. Goett. 1748. (op. T. I. n. 7.).

m) L. 1. de aestimat. (19. 3.) vergl. mit L. 17. §. 1. praescr. verb. (19. 5.). Cocceii I. C. L. 19. T. 3. qu. 13.

n) Arg. L. 5. §. 1. praescr. verb. (19. 5.) L. 3. C. de resc. vend. (4. 44.) L. 2. C. quando liceat ab emtione disc. (4. 45.) L. 5. C. de obl. et act. (4. 10.).

o) L. 3. §. 3. L. 5. pr. §. 3. 4. de cond. caussa data causs. non sec. (12. 4.). Noodt prob. L. 4. c. 4. 5. I. van der Neck D. ad L. ult. de cond. c. d. c. non sec. (Oelrichs Thes. nov. V. II.

einem Thun angefangenen Verträgen fiel freilich nach der Natur der Sache, und bey dem Vergleich aus politischen Gründen diefs *ius poenitendi* weg p); auch war bey einigen genannten Contracten (z. B. der Societät) einseitige Aufhebung des Vertrags erlaubt. Allein dennoch ist das *ius poenitendi* ein g e n e r i s c h e s Merkmal der ungenannten Contracte q).

§. 166.

Fortsetzung. Die *Pacta legitima* und *praetoria* lassen sich nicht, wie die Contracte, auf Classen zurückführen, sondern müssen im speciellen Theil einzeln angegeben werden. Nur die einzige R e g e l läfst sich, durch Verbindung des prätorischen Rechts r) mit Justinians Vorschriften s), aufstellen, dafs jede e x i s t i r e n d e Verbindlichkeit, sie sey aus einem Vertrage entsprungen oder nicht, klagbar gemacht wird, wenn in B e z i e h u n g auf dieselbe das Versprechen, sie zu erfüllen, geschieht t). Man nennt diefs *constitutum*, und theilt es ein in *constitutum debiti proprii* und *alieni*, je nachdem das Versprechen in Beziehung auf eine eigne oder fremde Schuld geschieht u). Die genauere Erörterung der Natur desselben gehört in den besondern Theil.

§. 167.

Fortsetzung. Da Nebenberedungen bey unfeierlichen Verträgen gewöhnlich und nothwendig sind, so nahmen die Römer den allgemeinen Grundsatz an, dafs alle, der Natur eines klagbaren *bonae fidei* Geschäfts nicht widerstreitenden Nebenverträge, wenn man sie dem Haupt-

T. II.). Andre Gründe jener Bestimmung vertheidigt S c h i l t e r ex. 24. §. 7.

p) L. 65. §. 1. de cond. indeb. (12. 6.) L. 5. §. 3. 4. de praescr. verb. (19. 5.) L. 29. C. de transact. (2. 4.).

q) L. 2. §. 2. 3. L. 5. pr. de cond. c. dat. (12. 4.). H. d e C o c c e i i de iur. poenitendi in contractibus. Frkf. ad V. 1704. Sect. 3. 4. A. M. ist L a n g s d o r f l. c. §. 29. wenigstens formell. In aller Hinsicht aber G a n s Obligatr. S. 169—212. S. gegen ihn P ö h l s v. Innominalcontr. §. 21—25. M ü h l e n b r u c h in den Heidelb. Jahrb. 1821. S. 72—74.

r) Tit. P. de constit. pecun. (13. 5.).

s) L. 2. C. eod. (4. 18.) §. 8. 9. I. de act. (4. 6.). T h e o p h i l i paraphr. ad §. 8. I. l. c. S a l m a s i u s de modo usurar. p. 721. fgg.

t) W e b e r v. d. nat. Verb. §. 125.

u) I. C. K o c h de const. deb. alieni. Kil. 1777. M. R e i n g a n u m de constituta pecunia. Heidelb. 1819. p. 26—29.

geschäft sofort hinzufüge (*pacta adiecta*), als Theil desselben angesehen werden sollten, daſs also die, aus dem Hauptgeschäft entspringende Klage auf Erfüllung derselben angestellt werden könne [x]. Ward ein solcher Vertrag, als neuer Zusatz, nach völligem Abschluſs des Geschäfts demselben, oder ward er einem *stricti iuris negotio* hinzugefügt, so erzeugte er nur eine, nach neuerem Recht *ipso iure* vernichtende Einrede [y]; doch versteht es sich von selbst, daſs, wenn ein Consensual-Geschäft nachher durch einen simpeln Vertrag in seinen wesentlichen Theilen umgewandelt ward, dieses neue Geschäft, als wirklicher Consensual-Contract, auch die Wirkungen eines solchen haben muſste [z].

§. 168.

Fortsetzung. Nach jetzigem Recht hat jeder einfache Vertrag die volle Wirkung eines feierlichen Vertrags der Römer [a]. Hieraus folgt denn, 1) daſs bey uns jeder Vertrag eine Klage auf Erfüllung des Versprochenen erzeugt, auch wenn das, wodurch er bey den Römern zum Contract hätte erhoben werden müssen, nicht existirt, daſs aber die Verpflichtung *ex re* nur erst durch wirkliche Leistung entstehen kann, daſs wir also jetzt nur noch Consensual- und Realverträge haben, und Literal-Contracte bloſs da, wo Gesetze oder Verträge die Schrift zur Vollendung eines Vertrags besonders erfodern. 2) Daſs bey den ungenannten Contracten der Römer jetzt das *ius poenitendi* wegfällt, und daſs ein solcher Contract nun eben so vollgültig ist, wie ein genannter. 3) Daſs alle, selbst dem Hauptgeschäft widerstreitenden, und nach einer Zwischenzeit geschlossenen *pacta adiecta* klagbar

x) L. 7. §. 5. de pact. (2. 14.) L. 13. C. eod. (2. 3.). S. überhaupt Noodt de pact. c. 11. 12. Bynkershoek de pactis stricti iur. contr. in contin. adiect. Lugd. Bat. 1699. (op. T. 2.). I. B. Friesen de pacto adiecto. Ien. 1694. Sammlung der Röm. Gesetze. Frkf. u. Leipz. 1785. S. 21. fgg.

y) L. 4. §. ult. L. 7. §. 5. de pact. (2. 14.) L. 40. de R. C. (12. 1.) L. 72. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. §. 3. L. 41. §. 1. de V. O. (45. 1.). Noodt de foenore et usuris. L. 3. c. 3. Idem de pactis. c. 12. Ueber die verschiedenen Ideen wegen der contr. stricti iuris: Wachendorf de pactis nudis, cap. 2. §. 9. Bynkershoek ad L. Lecta 40. de reb. cred. (op. T. 2.). D'Ayezan l. c. L. 1. c. 22. Voorda elect. c. 19.

z) L. 7. §. 6. de pact. (2. 14.) L. 72. pr. de contr. emt. (18. 1.).

a) Cap. 1. 3. x. de pact. (1. 35.). Griesinger a. a. O. §. 10. 13.

sind, sofern sie nur nicht überhaupt in jeder Form durch die Gesetze verboten wurden [b]), ein Punct, welcher freilich bey der Unbestimmtheit des Römischen Rechts in manchen Fällen schwer auszumitteln ist.

§. 169.

3) Einseitige, zweyseitige Verträge.

Die rechtlichen Folgen eines Vertrags hängen ferner 3) sehr davon ab, ob der Vertrag ein einseitiger (*unilateralis, simplex*), oder ein zweyseitiger (*bilateralis, reciprocus*) ist, d. h. ob nach der Natur des Geschäfts nur Ein Theil etwas zu leisten hat, oder ob danach beide Theile zu Gegenleistungen verpflichtet sind [c]). In jenem Fall kann der Berechtigte unbedingt auf Erfüllung klagen, in diesem hingegen ist die Leistung des einen durch die des andern bedingt, und jeder Theil kann mittelst der Einrede des nicht erfüllten Contracts seine Gegenleistung so lange zurückhalten, bis der andere seiner Verbindlichkeit nachgekommen ist [d]). Diese Einrede (*exceptio non adimpleti contractus*) braucht auch von dem, welcher sie vorschützte, und zwar in allen Arten des Processes [e]), sofern die Vorschützung derselben bestimmt genug geschah, nicht erwiesen zu werden, wohl aber die Einrede, dafs der Contract zwar erfüllt, die Leistung aber fehlerhaft geschehen sey (*exceptio non rite adimpleti contractus*) [f]).

b) Weber v. d. natürl. Verb. §. 81—85.

c) Ganz verwerfen die contr. unilaterales: Freher parerg. L. 1. c. 16. (Otto Th. T. 1.). G. Barth de negatione contr. unilateralium. Lips. 1705. allein s. J. Schack de affirmatione contract. unilateralium. Gryph. 1708.

d) L. 13. §. 8. L. 25. de act. E. V. (19. 1.) L. 21. C. de pact. (2. 3.). Cocceii I. C. L. 19. T. 1. qu. 3. I. F. Wahl de natur. et indole implem. non secuti. Goett. 1751. H. C. F. Wehrn de except. non adimpl. contr. Erf. 1790.

e) F. A. Künhold de usu except. non adimpl. contract. hodierno. Lips. 1726.

f) Ueber die verschiedenen Ideen s. Leyser Sp. 208. M. 1. Sp. 238. M. 2. 3. Müller ad Leyser Obs. 850. Hommel rhaps. Obs. 87. A. D. Weber über die Verb. zur Beweisführ. im Civ. Procefs. Hal. 1805. VI. n. 27. H. E. Bornemann über die confessio qualificata etc. Hannover. 1806. Glück Erl. d. Pand. 17. B. S. 228—239. Borst v. d. Beweislast S. 126. 127. Archiv für civilist. Prax. 7. B. 3. Hft. nr. 18.

§. 170.

Fortsetzung.

Bey zweyseitigen Contracten sind beide Theile sofort vermöge der Natur des Contracts einander verpflichtet; beide haben also sogleich eine sogenannte *actio directa* (aus der Natur des Vertrags folgende Klage) gegen einander. Bey einseitigen Verträgen hat nur der eine Theil eine *actio directa*. Der andere Theil kann bey einem jeden Vertrage dieser Art auch zufällig (z. B. durch *dolus* und *culpa*) verpflichtet werden. Gewöhnlich werden diese Verbindlichkeiten durch eine, gleichfalls nach dem Contract benannte Klage verfolgt, welche man, weil sie nicht im Wesen des Geschäfts gegründet ist, *actio contraria* nennt. In einigen Fällen (z. B. bey dem *mutuo*) können indeſs diese zufällig entstehenden Foderungen nicht durch eine, nach dem Contract benannte Klage, sondern nur durch die allgemeinen, auf Schadensersatz gehenden Klagen, verfolgt werden. Manche nennen bloſs Verträge der letzten Art *unilaterales*, einseitige Verträge der ersten Art hingegen (unschicklich) *bilaterales inaequales*; wiewohl es offenbar irrig ist, wenn sie den Grund der Einseitigkeit der ersten darin suchen, weil hier ein Theil auch nicht einmal zufällig verpflichtet werden könne g).

§. 171.

4) Verpflichtung zur Annahme.

Es haben ferner 4) obligatorische Verträge die Wirkung, daſs der Acceptant verpflichtet ist, sich das Versprochene leisten zu lassen. Verweigert er dieſs, so muſs der Promittent, um sich zu befreyen, in der Regel nach allgemeinen Grundsätzen das versprochene Object deponiren; doch ist bey dem Weinverkauf das Besondere, daſs der Verkäufer, wenn er sonst nicht ohne eignen Verlust den Schaden abzuwenden vermag, den Wein, nach vorgängiger Drohung, weggieſsen kann, um seine Fässer leer zu schaffen h).

g) Dieſs gegen Höpfner Comment. §. 750., welcher sich durch §. 769. not. 1. selbst widerlegt.

h) L. 1. §. 3. 4. L. 2. pr. de peric. et c. r. v. (18. 6.). Bynkershoek Obs. L. 6. c. 25. Abweichende Ideen s. im Archiv für civilist. Praxis. 3. B. 1. Hft. S. 127.

§. 172.

5) Zur Uebernahme des Zufalls, und Einräumung der Vortheile.

Eine fernere wichtige Folge ist, 5) daſs die Vollendung des Vertrags in vielen Fällen die Gefahr und die Vortheile des Gegenstandes desselben auf den Acceptanten überträgt, und daſs der zufällige Untergang der Sache den Promittenten von seiner Verbindlichkeit befreyet i); doch ist dieſs unter folgenden näheren Bestimmungen zu verstehen.

§. 173.

Lehre vom Zufall.

Zufall *(casus)* im Allgemeinen heiſst jede unerwartete oder unabwendliche Begebenheit k). Die daraus möglicherweise entspringenden nachtheiligen Folgen werden die **Gefahr** *(periculum)* in engerer Bedeutung genannt *). Denkt man den Zufall als die ganze Sache vernichtend, es sey nun durch Zerstörung oder Verlust, so nennt man die Gefahr *periculum interitus;* denkt man ihn hingegen nur als die Qualität der Sache verderbend, so heiſst die Gefahr *periculum deteriorationis* l). Der Ausdruck Gefahr schlechthin bezeichnet beide m).

§. 174.

Fortsetzung.

Die Lehre vom Zufall ist durch die Beantwortung der beiden Fragen erschöpft: erstlich, wessen ist nach allgemeinen Grundsätzen der Schaden, welcher sich durch einen Zufall ereignet (wer trägt den Schaden, *quis casum sentit)?* und zweytens, in welchen Fällen muſs Jemand ausnahmsweise den Schaden über sich nehmen, welcher einen Andern nach jenen allgemei-

i) Wernher Obs. Vol. 3. P. 4. Obs. 214. I. Moormann de peric. et comm. r. v. Lugd. Bat. 1717. F. Alef de peric. et comm. r. v. Heidelb. 1742. I. B. Barthelemy de eo quod iust. est circa peric. et comm. r. v. Argent. 1776. Westphal v. Kauf etc. §. 577—604. I. A. Reichard de casu oblig. tollente. Ien. 1767. C. H. Breuning de casus praestat. Lips. 1768. C. H. Brandenburg princ. quaed. general. de casus praestat. Goett. 1793.

k) L. 11. §. 5. de minor. (4. 4.) L. 15. §. 2. locat. (19. 2.) L. 1. §. 4. de O. et A. (44. 7.). Averan. interpr. L. 2. c. 16.

*) L. 5. §. 1. L. 17. §. 1. 2. 4. praescr. verb. (19. 5.). Im Allgemeinen geht aber das Wort periculum auch auf culposen Schaden. Hasse v. d. Culpa S. 378—385. 556. 557.

l) L. 1. pr. L. 4. pr. §. 1. L. 8. pr. L. 14. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.).

m) L. 1. pr. L. 8. pr. eod. §. 3. I. de contr. emt. (3. 24.).

nen Grundsätzen würde getroffen haben (wer ersetzt den Schaden, *quis casum praestat)?*

§. 175.

Wer trägt den Schaden?

In Betreff der ersten Frage ist es I) Hauptgrundsatz, daſs Jeder, welcher an einem Gegenstande Rechte hat, durch den Zufall diese Rechte verliert, sofern dadurch der Gegenstand des Rechts vernichtet wird n). II) Stehen Personen in vertragsmäſsigen, noch nicht abgeschlossenen Verhältnissen, so gilt ganz dasselbe o). Ist III) der Vertrag wirklich abgeschlossen, so unterscheide man: 1) der Contrahent, welchen der Zufall an Erfüllung des Vertrags hindert, hat von dem andern schon die Gegenleistung empfangen: alsdann befreyet ihn der Zufall von der Verpflichtung, das Versprochene zu leisten; das Empfangene hingegen braucht er nicht zu restituiren p), ausgenommen, wenn es ihm pränumerirt war, d. h. wenn es ihm eigentlich zufolge der Natur des Geschäfts erst nach der, von seiner Seite vollständig erfolgten Leistung hätte gegeben werden sollen q). Ist aber 2) jenes nicht der Fall, so ist entweder A) von einem Thun die Rede. Ereignet sich dann der Zufall a) in der Person dessen, dem das Factum geleistet werden soll, so braucht der Promittent das Factum nicht zu leisten, kann aber den ihm versprochenen Lohn fodern r). Ereignet er sich hingegen b) in der Person des Promittenten, so ist dieser freilich von der Leistung des Facti frey, er kann aber auch, wenn ihm die Gesetze nicht aus besonderer Begünstigung ein *Deservitum*

n) L. 5. §. 2. L. 10. §. 7. L. 31. quib. mod. ususfr. am. (7. 4.) L. 8. pr. quib. mod. pign. vel hyp. solv. (20. 6.).

o) §. 3. I. de emt. vend. (3. 24.) L. 7. de contr. emt. (18. 1.) L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.), z. B. bey Literalcontracten vor der Scriptur. Lauterbach coll. L. 18. T. 6. §. 10. Ueber die aus deutschem Recht (am richtigsten bejahend) zu entscheidende Frage: ob der Käufer vor erfolgter Resignation die Gefahr trage? s. Voet L. 18. T. 6. §. 6. Stryk ibid. §. ult. G. Wernsdorf de peric. et comm. praedii ante resignationem iudicialem. Vit. 1782.

p) L. 3. §. 3. L. 5. pr. de cond. caussa data (12. 4.) L. 38. §. 1. locat. (19. 2.) L. 1. §. 13. de extraord. cognit. (50. 13.). Noodt probab. L. 4. c. 5. Voet L. 12. T. 4. §. 4. 5. Cocceii ibid. qu. 5—9. Reichardt l. c. §. 14. A. M. ist mit Vielen Glück Comment. 4. Thl. §. 326. b. a. E. 13. Thl. §. 822.

q) L. 15. §. 6. L. 19. §. 6. locati (19. 2.).

r) L. 38. pr. eod.

einräumen s), den Lohn in eben der Maafse, als er das Factum zu leisten aufser Stande war, nicht verlangen t); doch darf wegen kleiner Hinderungen der Lohn nicht sofort verkürzt werden u). Ist hingegen B) vermöge des Contracts etwas zu geben, so ist entweder a) das Object desselben in aller Rücksicht gewifs bestimmt: in diesem Fall wird der Promittent durch den Zufall von seiner Verpflichtung befreyt, und der Acceptant hat das *periculum deteriorationis* und *interitus* zu tragen x); doch hat er nicht allein den Schaden, sondern Jeder verliert dadurch, dem Rechte an der Sache zustanden y). Bey dem Verkauf ist das Besondere, dafs der, durch den Zufall befreyte Verkäufer von dem Käufer sogar den Preis fodern kann z). Diefs läfst sich aber auf andere Geschäfte nicht ausdehnen a). Ist dagegen b) der Vertrag zwar abgeschlossen, das Object desselben aber noch in einiger Rücksicht ungewifs, oder unbestimmt, so kann diefs auf mehrfache Weise geschehen, nämlich A) dadurch, dafs das Object bedingt versprochen ward, wohin man auch Versprechen unter Zeitbestimmungen, sofern diese (nach §. 127.) als Bedingungen gelten, zählen mufs b). In diesem Fall trägt der Acceptant das *periculum deteriorationis*, nicht aber das *periculum interitus* c). B) Wenn

s) z. B. L. 4. de offic. assessor. (1. 22.) L. 19. §. 10. locati (19. 2.) L. 3. §. 6. L. 5. §. 6. C. de advocat. div. iudic. (2. 8.). I. H. Boehmer de anno deservito. (Exerc. T. 3.). Struben 2. B. 112. Bed. Glück Comm. §. 326. a. not. 27. S. 370.

t) L. 15. §. 6. locat. (19. 2.). A. M. ist Leyser Sp. 212. m. 5. Allein s. Struben 3. B. 69. Bed.

u) L. 27. pr. eod. Weber v. d. nat. V. §. 102.

x) §. 3. I. de emt. (3. 24.) L. 34. §. 6. de contr. emt. (18. 1.) L. 5. §. 2. de resc. vend. (18. 5.) L. 7. pr. L. 8. pr. L. 10. §. 1. L. 11. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 4. 5. C. eod. (4. 48.) L. 4. §. 4. de in diem addict. (18. 2.) L. 15. de iure dot. (23. 3.) L. 39. de solut. (46. 3.). A. M. sind Cuiac ad African. Tr. VIII. ad L. 33. locat. Brunnemann ad L. 14. de resc. vend. Allein s. A. Faber rational. ad L. 11. 12. 13. de peric. et comm. r. v. Höpfner §. 872. not. 1. Reichardt Diss. cit. §. 13. Glück Erl. d. Pand. 17. B. S. 134—140.

y) S. vorhin not. p. und Brandenburg l. c. cap. 1. Sect. 1. §. 5.

z) L. 7. pr. L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). L. 15. de iure dot. (23. 3.). Glück Erl. d. Pand. 17. B. S. 130—133.

a) L. 58. §. 1. pro soc. (17. 2.) L. 19. §. 6. L. 30. pr. §. 1. L. 33. locat. (19. 2.). A. M. ist C. G. Waechter de condictione caussa data c. n. s. Tubing. 1822. p. 128—133.

b) Ueber die Ideen Andrer, Perez in Cod. L. 4. T. 48. n. 6. Lauterbach coll. L. 18. T. 6. §. 12.

c) L. 8. pr. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). Brussel de cond. L. 2. T. 1. n. 6.

sich Jemand etwas *in genere* bedung. Hier schadet es dem Acceptanten nicht, wenn vor der Tradition aus dem *genere* einzelne Sachen Schaden leiden, wohl aber, wenn das ganze *genus* verletzt oder vernichtet wird, doch braucht er dann die versprochene Gegenleistung nicht zu erfüllen [d]). Aus eben diesem Grunde trägt der Acceptant den Zufall nicht, wenn ihm etwas nach einer künftigen Zumessung (*ad pondus, numerum et mensuram)* versprochen ist [e]), selbst dann nicht, wenn er das Ganze, was ihm im Einzelnen zugemessen werden sollte, *in specie* und *per aversionem* sich bedungen hat [f]), er möchte denn säumig gewesen seyn [g]). C) Bey dem alternativen Versprechen gewisser Objecte trägt der Acceptant nur die ganze Gefahr der zuletzt übrig bleibenden *species* [h]). Hat sich endlich D) Jemand etwas *ad gustum* bedungen, d. h. so, daſs er, wenn die zu untersuchende Qualität ihm nicht gefalle, vom Vertrage abgehen könne: so trägt er das *periculum* nicht [i]), jedoch fällt es ihm vom Augenblick der Billigung, oder des widerrechtlich verzögerten Ausprobens zur Last [k]). Uebrigens ist der Handel *ad gustum* seiner Unbestimmtheit wegen keinesweges als ein, an sich ungültiges, oder der Berichtigung Dritter unterworfenes Geschäft zu betrachten [l]). Dabey ist noch im Allgemeinen zu bemerken: wenn Jemand behauptet, daſs er wegen eines Zufalls Etwas nicht leisten könne, so liegt ihm der Beweis ob. Hat er aber bewiesen, daſs die Unmöglichkeit der Leistung

d) L. 42. de iure dot. (23. 3.) L. 1. §. 4. de O. et A. (44. 7.) L. 30. §. 5. ad Legem Falc. (35. 2.) vergl. mit L. 8. de peric. (18. 6.). I. C. Gensler de emtione venditione quae fit ad mensuram etc. Ienae 1814. p. 9. 10. not. 10. Hasse v. d. Culpa S. 450—462. Glück Erl. d. Pand. 17. B. S. 185. 186.

e) L. 7. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 2. C. de peric. et comm. r. v. (4. 48.). Lauterbach l. c. §. 10.

f) L. 34. §. 5. L. 35. §. 7. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. §. 1. L. 5. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 2. C. eod. (4. 48.). Vergl. Cuiac Obs. L. 8. c. 15. Carpzov P. 2. C. 26. Def. 25. Gensler p. 7—13. Hasse a. a. O. Glück S. 168—185.

g) L. 5. L. 17. h. t. (18. 6.).

h) S. oben §. 85.

i) L. 1. pr. §. 1. L. 4. pr. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). A. M. ist Huber eod. Tit. §. 5. Allein vergl. dagegen Gensler a. a. O. S. 13—20. S. auch noch überh. S. F. Willenberg de peric. rei ad quant. vel ad gust. vend. (Ex. P. 1. n. 17.).

k) L. 1. pr. L. 4. pr. eod. A. M. ist Voet eod. §. 3.

l) L. 34. §. 5. de contr. emt. (18. 1.). Gensler p. 20—25. Glück S. 156—167. A. M. ist Schöman Handb. 2. B. S. 216—221.

zunächst nicht durch sein freyes, sondern ein anderes Factum bewirkt ward: so genügt dieſs unmittelbar, und der Gegentheil, welcher siegen will, muſs ihn eines in Betracht kommenden Versehens überführen m).

§. 176.

Wer ersetzt den Schaden?

Die zweyte Frage: wann prästirt man den Zufall? beantwortet sich von selbst aus der Lehre von den Entstehungsgründen der Verbindlichkeiten dahin: Niemand ist in der Regel dazu verbunden, wenn nicht besondere Verpflichtungsgründe eintreten n). So vielfach die letzten sind, eben so vielfach sind auch die Fälle, da man ausnahmsweise die nachtheiligen Folgen des Zufalls tragen muſs. Man ist also z. B. dazu gehalten, wenn man den Zufall durch eigne Schuld veranlaſste (*casus mixtus*), wenn man ihn durch Vertrag, ausdrücklich oder *implicite* *), oder durch eine gültige Pollicitation übernahm, oder wenn man durch ein Testament, oder, wie jeder säumige Schuldner o), durch die Gesetze dazu verpflichtet wird p). Hat man alle Zufälle über sich genommen, so bleibt es dabey, und es ist die gröſste Willkühr, wenn Viele die allerungewöhnlichsten (*casus insolitissimos*), welche sich freilich von mehr und minder gewöhnlichen im Begriff unterscheiden lassen q), dann doch noch wieder ausnehmen wollen r). Immer muſs aber bewiesen werden, welche Unglücksfälle der Andre zu ersetzen habe s).

m) Ueber die verschiedenen Ideen Andrer: Glück Comm. §. 327. b. Weber über die Verb. zur Beweisführung. VI. n. 24. 25. Günther princ. iur. Rom. T. 1. §. 339. S. auch unten §. 255.

n) L. 23. de R. I. (50. 17.). G. Prousteau recit. ad L. 23. cit. c. 27. (Meermann Th. T. 3.).

*) Das Letzte ist im Zweifel der Fall, wenn Jemand gegen eine Taxe Sachen übernimt. L. 5. §. 3. commod. (13. 6.) L. 52. §. 3. pro soc. (17. 2.) L. 54. §. 2. locat. (19. 2.). Schöman vom Schadensersatz. S. 67—77.

o) S. oben §. 103. n. I.

p) L. 5. §. 4. 7. commod. (13. 6.) L. 23. de R. I. (50. 17.) L. 35. §. 4. de contr. emt. (18. 1.). S. Stryk de immunitate domini a periculo. Hal. 1798. cap. 3. 4. Brandenburg l. c. §. 31.

q) E. Otto de praestat. casuum solitorum, insolitor. et insolitissimorum. Trai. ad Rhen. 1723. (in eius Diss. iur. publ. et priv. P. 1. n. 6.). Struben 3. B. 46. Bed.

r) G. L. Boehmer de oblig. locator. ob usum impedit. c. 1. §. ult. (elect. T. 1.). Glück Comm. §. 327. not. 79.

s) Glück §. 327. b. princ.

§. 177.

Vortheile der Sache.

Von dem Augenblick an, da der Promittent zur Herausgabe der Sache verpflichtet ist, gehen die sogenannten *commoda rei* auf den Acceptanten über, d. h. der erste ist verpflichtet, alle, in jenem Augenblick mit der Hauptsache verbundenen, und nachher zu derselben hinzugekommenen, oder von derselben getrennten Accessionen, nach Abzug seiner, von da an gemachten vernünftigen Verwendungen t), herauszugeben u), und zwar bey bedingten Geschäften, deren Bedingung zurückgezogen wird, von dem Punct an, bis auf welchen die Bedingung zurückwirkt x). Bey bürgerlichen Früchten mufs man unterscheiden, ob sie im juristischen Sinn in dem Augenblick der zu beschaffenden Uebergabe *percepti* (§. 268. 269.) waren, oder nicht. Jene verbleiben dem Promittenten; diese fallen dem Acceptanten zu y).

§. 178.

6) Pflicht der Evictionsleistung.

Wer ein Recht in eignem Namen z) durch ein nicht schlechthin ungültiges Geschäft a) auf einen Andern überträgt (der *auctor*), ist 6) verpflichtet, dafür zu stehen, dafs dem Acceptanten das Erhaltene nicht auf dem rechtlichen Wege, aus einem, vor der Uebertragung stattgehabten Grunde b), abgestritten (evincirt) werde c), wiewohl er natürlich ohne besonderen Vertrag nicht verantwortlich ist, wenn nachher

t) L. 38. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 2. C. de pact. int. emt. et vend. (4. 54.) L. 2. C. de annon. et tribut. (10. 16.).

u) L. 13. §. 10. fgg. de act. E. V. (19. 1.).

x) Den Beweis s. oben in §. 120 —126.

y) Voet L. 18. T. 6. §. 9. Cocceii L. 19. T. 1. qu. 12. Struv Ex. L. 18. T. 6. §. 102. Glück Erl. d. Pand. 17. B. §. 1038. Die L. 13. §. 11. de act. E. V. (19. 1.) ist von den, vor dem Handel percipirten Früchten zu verstehen.

z) L. 50. L. 66. §. ult. de evict. (21. 2.).

a) Lauterbach Coll. L. 21. T. 2. §. 9.

b) L. 5. L. 11. pr. h. t. (21. 2.).

c) Duarenus ad T. C. de evict. (op. p. 1215.). H. Donellus ad Tit. de evict. (oper. prior. p. 212.). Burgundus de evictione. I. F. Callet C. ad Tit. C. de evict. (Meermann Th. T. II.). G. Engelbrecht de evict. Helmst. 1673. A. de Guzmann C. ad Tit. de evict. Genev. 1676. C. F. Waechtler recitat. singular. ad Tit. D. de evict. Dresd. 1680. (op. n. 1.). N. C. de Lynker de evict. Ien. 1699. F. W. Romanus progr. de evict. Lips. 1748. Westphal v. Kauf etc. §. 189—365. I. Hauptmannsberger über die Gewährleistung nach dem Geist des gem. R. Wien 1802. 8.

das Recht durch Zufälle und widerrechtliche Handlungen einer öffentlichen, oder einer Privatperson [d]), oder durch eigne Schuld des Empfängers verloren geht [e]). Diese Pflicht, das übertragene Recht zu gewähren *(obligatio ad evictionem praestandam)*, findet nicht blofs bey Geschäften Statt, welche das Eigenthum einer Sache, sondern auch bey denen, welche andre dingliche oder persönliche Rechte übertragen [f]), wiewohl der Name: Evictions-Leistung, nicht in allen Fällen gebräuchlich ist. Es kann sogar von dem Auctor bey Uebertragung des Rechts (nicht nachher) eine, freilich nur in einem blofsen Versprechen bestehende Caution wegen der Entwährung gefodert werden, und beym Verkauf wichtiger Dinge sogar aufs Doppelte [g]).

§. 179.

Was wird gewährt?

Was der Auctor gewähren mufs, ist durch Beurtheilung nach der besondern Natur eines jeden einzelnen Falles zu bestimmen. So braucht z. B. der Auctor bey der Uebertragung einer *universitas iuris* (§. 262.), weil diese ein ideales Ganzes ist, im Zweifel nur für die Entwährung des Ganzen, nicht aber einzelner Theile zu stehen [h]), während er bey der, selbst *per aversionem* geschehenen Uebertragung einer *universitas facti* auch wegen einzelner Dinge verantwortlich ist, wenn sie nicht gleichfalls als etwas Ideales zum Gegenstande eines Vertrags gemacht ward [i]). Beym Vergleich dagegen kann nur wegen der Entwährung der Sache Evictionsleistung gefodert werden, welche man gab, um sich dadurch die in Anspruch genommene Sache zu erhalten, nicht aber wegen Entwährung der letzten [k]). Hat

d) L. 21. pr. L. 51. pr. L. 64. pr. L. 70. h. t. (21. 2.).

e) L. 25. L. 29. §. 1. L. 55. pr. L. 56. §. 3. L. 63. §. 2. L. 66. pr. eod. L. 17. C. de evict. (8. 45.).

f) L. 4. 29. C. h. t. (8. 45.) L. 9. pr. locat. (19. 2.) L. 32. de pignor. act. (13. 7.). Lynker l. c. §. 15.

g) L. 2. L. 4. pr. L. 37. pr. §. 1. L. 56. pr. h. t. (21. 2.). Westphal §. 193. 197.

h) L. 5. h. t. (21. 2.) L. 1. C. eod. (8. 45.).

i) L. 23. §. 1. de usurp. (41. 3.) L. 32. L. 33. pr. de aedil. edict. (21. 1.). Boehmer ius D. L. 21. T. 2. §. 7. Westphal §. 226. Denn L. 36. h. t. (21. 2.) ist von der actio ex stipulatu zu verstehen. A. M. ist Franzke comm. L. 21. T. 2. n. 152—171. Lynker l. c. §. 28.

k) L. 33. C. de transact. (2. 6.). Voet C. L. 21. T. 2. §. 10. Lauterbach coll. L. 18. T. 3. §. 13. Glück Erläut. d. Pand. 20. Bd. S. 186—190. Archiv für civilist. Praxis. 1. B. 1. Hft. n. 10. A. M. sind Meditat. über versch. R. M. 5. B. n. 280. Gönner Archiv. 2. B. 2. St. n. 12.

Jemand im Namen eines Andern auf erlaubte Art veräußert, z. B. als vorgehender Pfandgläubiger l), oder als Gläubiger im Concurse m), so haftet er ebenfalls nach der Natur des Geschäfts nicht, weil er nur einen Andern vertrat.

§. 180.

Besonders bey Cessionen.

Was insbesondere die Cession einer Schuldfoderung betrifft, so braucht der Cedent nur dafür zu stehen, daſs die Foderung als solche richtig (*nomen verum*) sey, nicht aber für die Güte (*de bonitate*) derselben n). Bey der Cession eines Pfandrechts liegt die Richtigkeit desselben darin, daſs dasselbe bestehen kann, und der Cedent ist daher verantwortlich, wenn die Sache eines Dritten Gegenstand des Pfandrechts ist, und dieser dasselbe insofern als ungültig anfechten kann; nicht aber, wenn ein Andrer ein besseres Pfandrecht haben sollte o). Nur dann haftet der Cedent wegen der Güte *), wenn er den Cessionar darüber hinterging p), wohin aber nicht schlechthin der Fall gehört, wenn die Cession im Augenblick der Insolvenz des Schuldners geschah q); oder wenn der Cedent die Gefahr übernommen hat r). Falsch ist es, wenn Manche s) den Cedenten auch dann dafür verantwortlich machen, wenn er eine Foderung an Zahlungsstatt cedirt habe t). — Die, auch noch einer Erörterung

l) Tit. C. creditor. evict. pignor. non debere (8. 46.) L. 11. §. 16. de act. E. V. (19. 1.) L. 1. §. 3. de exc. r. v. (21. 3.). H. Hildebrand de evictione pignoris tam constituti, quam constituendi, praestanda. Altd. 1704. Memb. 2.

m) A. M. ist zum Theil Gmelin de iure pignor. et hypoth. quod debitor in re sibi non propria const. §. 21.

n) L. 4. 5. h. t. (18. 4.) L. 74. §. 3. de evict. (21. 2.). Huber Digr. L. 4. c. 5. I. F. Wordenhof de cedente ad cessi nom. bonitat. non obligat. (in Oelrichs Thes. nov. Vol. 1. T. 1. p. 309.).

o) L. G. Gmelin a. a. O. §. 18. Hildebrand l. c. Memb. 1. §. 6. Andrer M. s. Mevius P. II. D. 360. Cocceii I. C. L. 20. T. 5. qu. 5.

*) Ueber das, was zur Güte gehört, s. Gottschalk disc. for. T. 1. c. 7.

p) L. 74. §. 3. de eviction. (21. 2.).

q) I. G. A. Weber Bem. über die Fälle, wo der Cedent einer Ford. für die Güte haften muſs. Hal. 1789. 4. §. 3. (auch in Hagemann und Günther Archiv. 6. B. n. 1.). Das Gegentheil behauptet willkührlich Brunnemann l. c. c. 5. n. 51. Idem Decis. Ant. 1. Dec. 72.

r) Hert Resp. n. 314.

s) Z. B. Wordenhof l. c. Müller ad Leyser Obs. 416.

t) L. 96. §. 2. de solut. (46. 3.).

bedürfende Frage: was bey Legaten und der Erbtheilung Rechtens sey? bleibt der Deutlichkeit wegen bis auf die Lehre von Erbschaften (§. 729.) ausgesetzt.

§. 181.

Ausnahme bey der Schenkung.

In Ansehung eigentlicher Schenkungen findet eine Ausnahme Statt. Der Schenker haftet nämlich wegen der Eviction gar nicht, wenn er eine *species* gab oder versprach [u]). Schenkte er *in genere*, so ist er, nach der Meynung Vieler, verantwortlich, ausgenommen, wenn das ganze *genus* evincirt wird [x]). Wo keine reine Schenkung stattfindet, treten wieder die allgemeinen Grundsätze ein, z. B. nach der Meynung Mancher bey der Brautgabe [y]), so wie in allen Fällen, da Jemand etwas umsonst vermöge einer rechtlichen Verpflichtung gab [z]).

§. 182.

Weſshalb kann man Eviction fodern?

Der Auctor kann vermöge der Natur des Geschäfts nicht bloſs dann, wenn das ganze übertragene Recht, sondern verhältniſsmäſsig auch dann, wenn ein Theil desselben evincirt wird, in Anspruch genommen werden [a]). Ein besonders wichtiger Fall dieser Art ist, wenn sich in der Folge ergibt, daſs auf einer Sache dingliche Lasten ruhen. Im Ganzen muſs der Auctor, wenn nicht ein Anderes bedungen ist, deſswegen Vergü-

Weber a. a. O. §. 3—6. Mevius P. 6. Dec. 272. Lynker l. c. §. 29. S. auch überhaupt Mühlenbruch v. d. Cession S. 593—600.

u) L. 18. §. 3. de donat. (39. 5.). Lynker l. c. §. 18. Lauterbach coll. L. 21. T. 2. §. 15.

x) Nämlich wegen L. 45. 46. 108. §. 10. de leg. I. (30.) L. 8. §. 2. de leg. II. (31.) L. 29. §. 3. de leg. III. (32.) vergl. mit §. 1. I. de legat. (2. 20.). I. C. Koch de evict. in donat. non indistincte praestanda. Ien. 1754. G. L. Rodowe de eo quod iust. est circa evict. in don. praest. Goett. 1778. Schweppe Magaz. 1. St. S. 145—148. Glück Erl. d. Pand. 20. B. S. 237—268. Allein richtiger behauptet Carpzov P. 2. C. 34. D. 23. daſs der Schenker auch bey einem genere gar nicht hafte. Pauli sent. L. 5. T. 11. §. 5. L. 18. §. 3. de donat. (39. 5.). L. 2. C. de evict. (8. 45.). Meine civ. Abh. S. 48—64. Wagners Zeitschr. für Oesterreichische Rechtsgelehrsamkeit. Wien 1825. 2. St. nr. 7.

y) S. darüber unten §. 450.

z) Die Streitfrage (Medit. über versch. R. M. 2. B. n. 106.), ob bey remuneratorischen Schenkungen Gewährleistung gefodert werden könne? hängt von der zweyten, in §. 910. zu erörternden Frage ab: ob sie wahre Schenkungen sind?

a) L. 1. 45. 47. 53. pr. 64. §. 3. h. t. (21. 2.).

tung leisten b), ausgenommen, wenn dingliche Lasten von der Art sind, dafs man sie als eine gewöhnliche Eigenschaft einer Sache ansehen kann, wie Real-Servituten und gewöhnliche öffentliche Abgaben. Wegen dieser haftet der Auctor nur, wenn er gänzliche Freyheit versprochen, wenn er die Lasten kleiner, als sie sind, angegeben, oder den Empfänger wissentlich in der irrigen Voraussetzung der nicht stattfindenden Beschwerung gelassen hat c). Es gibt indefs Viele, welche behaupten, der Empfänger könne schlechthin wegen ihm unbekannt gebliebener Real-Servituten, wenigstens auf eine Verringerung seiner Gegenleistung, Anspruch machen d). Wird übrigens dem Empfänger auf der einen Seite mehr gegeben, als er erwartete, so vergütet diefs verhältnifsmäfsig, wenn der Auctor nicht arglistig verfuhr, was die Eviction auf der andern schadet e).

§. 183.

Erweiterung der Pflicht.

Wer nicht aus der Natur des Geschäfts zur Evictionsleistung gehalten ist, wird ausnahmsweise dazu verpflichtet, wenn er arglistig das, was einem Andern gehört, auf Jemand überträgt f), oder vertragsmäfsig die Gewähr übernimt g). Ein solcher Vertrag hat auch da Nutzen, wo der Auctor aus der Natur des Geschäfts verpflichtet ist, wenn nämlich auf den Fall der Eviction eine gewisse Summe versprochen wird. Bey den Römern war die Stipulation des Doppelten gewöhnlich; doch hatte diese den Nachtheil, dafs sie im Zweifel nur ein Recht gab, zu klagen, wenn das Ganze, nicht aber, wenn ein Theil entwährt war, und zwar stets in der Mafse,

b) L. 34. §. 2. L. 39. §. 5. L. 46. pr. L. 49. eod. L. 25. C. h. t. (8. 45.).

c) L. 59. de contr. emt. (18. 1.) L. 21. §. 1. L. 41. de act. E. V. (19. 1.) L. 1. §. 1. L. 39. eod. L. 9. C. eod. (4. 49.) L. 69. §. 5. L. 75. h. t. (21. 2.).

d) Westphal §. 234—236. Cocceii I. C. L. 19. Tit. 1. qu. 6—9. Lynker l. c. §. 8. Lauterbach coll. L. 19. T. 1. §. 15. zum Theil auch Schöman Handb. 2. B. S. 114—128. und zwar besonders wegen L. 39. de act. E. V. (19. 1.) L. 61. de aedil. edict. (21. 1.) L. 69. §. 5. h. t. (21. 2.). Neustetel u. Zimmern Unters. 1. B. S. 216—233.

e) L. 13. §. 14. L. 42. de act. E. V. (19. 1.). Westphal §. 220. 256.

f) L. 11. §. 16. L. 21. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 62. de aedil. edict. (21. 1.).

g) L. 56. pr. L. 74. pr. h. t. (21. 2.). I. M. Boehmer de usu et commod. pacti de praestand. evict. Hal. 1736. (Exerc. T. 4.). Hellfeld de pactis evict. caussa initis (op. p. 813.).

dafs hier nur die, vom Auctor wirklich erworbenen Theile in Betracht kamen, mithin Alles nach der Zeit des Verkaufs regulirt ward h).

§. 184.

Leistung des Auctors.

Nach erfolgter Entwährung kann, wenn vermöge der Natur des Geschäfts geklagt wird, zunächst die Rückgabe des Empfangenen verlangt werden i); doch braucht es der Auctor nicht ganz zurückzugeben, wenn er beweisen kann, dafs bey der Entwährung der Werth der Sache geringer geworden war k). Dagegen kann aber auch dem Auctor der erhöhete Werth der Sache, wenn dieser nicht übermäfsig ist l), in Anrechnung gebracht, und das ganze Interesse von demselben verlangt werden m), selbst wenn er schon wegen des, auf den Fall der Entwährung Versprochenen ausgeklagt ist, und unter dem Namen des Interesse noch mehr sollte gefodert werden können n). Das Interesse begreift dann die, auf den, die Entwährung zur Folge habenden Procefs verwandten Kosten o), alle Verwendungen, jedoch nur insofern, als nicht von dem Entwährenden Vergütung derselben erhalten werden konnte p), so wie allen sonstigen positiven und negativen Schaden q). Verschafft der Auctor sich die evincirte Sache wieder, so kann er sich durch Rückgabe derselben nicht von der Leistung des Interesse befreyen r).

h) L. 42. L. 43. L. 56. §. 2. eod. Vergl. mit L. 8. L. 64. pr. §. 1. 2. eod. L. 82. §. 4. de leg. I. (30.). Cabot Disp. L. 2. c. 28. (Meermann Thes. T. 4. p. 640.). Archiv für civil. Prax. 7. B. S. 212.

i) L. 13. §. 9. de act. E. V. (19. 1.).

k) L. 45. pr. eod. L. 64. pr. §. 1. L. 66. §. ult. L. 70. h. t. (21. 2.). Voet eod. §. 26.

l) L. 43. in f. de act. E. V. (19. 1.) L. 13. 15. 16. h. t. (21. 2.). Callet de evict. in Meermann Thes. T. 2. p. 323. Zum Theil abweichend ist Schöman Handb. 2. B. S. 139. fgg.

m) L. 8. L. 70. h. t. (21. 2.) L. 9. C. eod. (8. 45.) L. 43. L. 45. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 7. L. 8. L. 15. §. 8. locat. (19. 2.). Faber coniect. L. 2. c. 5. Glück Erl. d. Pand. 20. B. S. 330—367. A. M. sind G. L. Boehmer de oblig. locator. ob usum impedit. (Elect. T. 1. n. 10.) cap. 1. §. 16. Wehrn doctr. explic. princ. damni etc. §. 54.

n) L. 37. §. 2. h. t. (21. 2.).

o) Voet l. c. §. 25. Müller ad Leyser Obs. 478. Ueber die Ausnahmen s. Lynker l. c. §. 32. Müller ad Leyser Obs. 478.

p) L. 45. §. 1. de act. E. V. (19. 1.) L. 16. C. h. t. (8. 45.).

q) L. 8. L. 15. §. 1. L. 51. §. 3. L. 70. h. t. (21. 2.).

r) L. 67. eod. Voet §. 29.

§. 185.

Folge der Auctoren.

Ist eine Sache successiv von Einem auf den Andern übertragen, so kann der, dem sie abgestritten wird, nur seinen unmittelbaren, nicht aber den entfernteren Auctor in Anspruch nehmen, sofern jener nicht seine Klagen gegen diesen cedirt [s]). Mehrere Auctoren haften nur *pro rata*, wenn nicht ein, nach allgemeinen Grundsätzen (§. 224—227.) zu beurtheilender, besonderer Grund der Correal-Verpflichtung eintrit [t]).

§. 186.

Wann kann man Eviction fodern?

Die Evictions-Leistung kann vermöge der Natur des Geschäfts nicht eher gefodert werden, bis der Empfänger im petitorischen Procefs [u]) vollständig überwunden, und als Beklagter wirklich aus dem Besitz des Empfangenen gesetzt ist [x]), welchem man das Abkaufen der unvermeidlichen Eviction gleichstellen mufs [y]). Handelte der Auctor arglistig, so kann er sofort belangt werden [z]). Die angedrohte Eviction gibt blofs die Befugnifs, die Gegenleistung bis zur bestellten Sicherheit durch Bürgen wegen der Entwährung zurückzuhalten [a]), welche Sicherheit nach der (falschen) Meynung der Mehrsten ganz unbeschränkt für jede künftige Entwährung zu bestellen ist [b]); doch nimt man allgemein an, dafs, wenn bey der, von dem Auctor angebotenen Vollziehung des Contracts die Unvermeidlichkeit der Eviction sofort klar ist, der Andre von dem ganzen Geschäft abgehen kann [c]).

s) L. 59. eod.

t) L. 39. §. 2. L. 62. §. 1. eod. L. 2. C. eod. (8. 45.) L. 85. §. 5. de V. O. (45. 1.). C. F. G. Meister de iuris vinculo quo plures auctores tenentur. Goett. 1768.

u) Das Unterliegen im possessorischen Procefs gibt nur das Recht, auf Tradition zu klagen. Lynker l. c. §. 17. in f. Lauterbach coll. L. 21. T. 2. §. 27. A. M. ist Westphal §. 241. wegen L. 35. de act. E. V. (19. 1.).

x) L. 57. pr. h. t. (21. 2.) L. 3. C. eod. (8. 45.) L. 34. §. 1. L. ult. h. t. (21. 2.). Donell l. c. cap. 3. Ueber die Frage: ob der Retract auch eine Entwährung ist, s. Lynker l. c. §. 25. Voet §. 2. Ueber entdeckte Lasten L. 3. 5. C. h. t. (8. 45.). Westphal §. 257.

y) L. 29. pr. h. t. (21. 2.).

z) L. 30. §. 1. de act. E. V. (19. 1.). Westphal §. 254.

a) L. 18. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 24. C. h. t. (8. 45.). Cramer Obs. iur. univ. T. II. P. 1. Obs. 438. Carpzov P. II. c. 34. Def. 31. Lynker l. c. §. 37. A. Mylius evictio imminens occasione L. 24. C. h. t. Lips. 1693.

b) Lauterbach l. c. §. 6.

c) Hert de convent. domin. translativ. §. 28. (op. V. 1. T. 3.).

§. 187.

Der Auctor darf nicht entwähren. Weder der Auctor selbst, noch die, welche mit demselben Eine Person ausmachen, noch auch die, welche wegen der Eviction gut gesagt haben, dürfen ohne besondern Vertrag selbst als Entwährer auftreten, und können von dem Erwerber und dessen Nachfolgern durch eine Einrede (beym Verkauf *exceptio rei venditae et traditae)* abgewiesen d), und zur Herausgabe der, nachher an sie ohne Rechtsgrund gekommenen Sache angehalten werden e). Der Besitzer braucht aber jene Einrede nicht vorzuschützen, sondern kann die Sache herausgeben, und dann die Gewährleistung verlangen f).

§. 188.

Litis Denunciatio. Damit das Recht auf Gewährleistung nicht verloren werde, muſs der Erwerber des bedrohten Rechts seinen Auctor, oder, wenn deren mehrere sind, alle Auctoren vereint, nicht aber den Bürgen g) auffodern, ihm als Kläger oder Beklagten beyzustehen h); doch wird kein Auctor zu diesem Beystande gezwungen i). Man nennt dieſs *litis denunciatio*. Die Lehre von der Form derselben gehört in den Proceſs; hier nur noch die Bemerkung, daſs sie nicht nöthig, und daſs das Unterlassen derselben unschädlich ist: a) wenn der Auctor nicht zu finden k), oder b) wenn er selbst der Anzeige hinderlich ist l), so wie c) wenn der Auctor sich des Rechts, die Denunciation zu fodern, begeben hat, wiewohl ihm dann doch immer ein freywilliger Beytritt erlaubt ist m); d) wenn das bessere Recht

d) L. 1. pr. §. 2. 3. de exc. r. v. (21. 3.) L. 73. de evict. (21. 2.) L. 11. 13. C. eod. (8. 45.). Bloſs mit dem dominio bonitario bringt diese Einrede in Verbindung A. L. I. Michelsen de exceptione rei venditae et traditae. Berol. 1824.

e) L. 2. de exc. r. v. (21. 3.) L. 72. de R. V. (6. 1.) L. 4. §. 32. de dol. mal. exc. (44. 4.).

f) L. 17. 18. de evict. (21. 2.).

g) L. 62. §. 1. h. t. (21. 2.) L. 7. C. h. t. (8. 45.).

h) L. 7. L. 8. L. 9. C. h. t. (8. 45.). I. S. Stryk de lit. denunc. Hal. 1711. A. F. Trendelenburg de lit. den. auctoris eiusque usu et applicat. in foro. Bütz. 1774. L. I. Krukenberg de lit. denunc. Goett. 1784.

i) L. 1. C. de peric. et comm. rei vend. (4. 48.). Gesterding Nachforschungen 1. B. S. 349—354.

k) L. 56. §. 6. h. t. (21. 2.).

l) L. 55. §. 1. L. 56. §. 5. eod.

m) L. 63. pr. eod. Luis de indole et effectu pacti quo litis denunc. remittitur.

des Evincirenden ganz offenbar, und keinem Zweifel unterworfen ist [n]); endlich e) wenn die Sache sich ohne Procefs dadurch entscheidet, dafs der Empfänger der fremden Sache dieselbe nachher vom wahren Eigenthümer erwirbt [o]).

§. 189.

Ausnahmen. Das an sich stattfindende Recht, Gewährleistung zu fodern, erlischt, a) wenn der Erwerber des evincirten Rechts nach dem bisher Gesagten etwas versehen hat; b) wenn er sich durch Vertrag dieses Rechts begab, in welchem Fall er nicht einmal das von ihm als Gegenleistung Gegebene zurückfodern darf, sofern nicht die Rückgabe bedungen war, oder der Auctor arglistig handelte [p]). Eben diefs findet c) Statt, wenn er wissentlich eine fremde Sache auf sich übertragen liefs, und sich nicht besonders die Evictionsleistung bedung [q]); doch darf man blofs darin keine stillschweigende Begebung des Rechts auf Gewähr finden, wenn er wissentlich eine im Streit befangene Sache an sich brachte [r]); endlich d) wenn der Empfänger Nachfolger seines Auctors wird, oder umgekehrt [s]).

§. 190.

7) Gewähr der Mängel und Eigenschaften. Jeder Auctor ist ferner 7) in der Regel verpflichtet, die versprochenen Eigenschaften und verborgenen Mängel einer Sache zu

n) L. 53. §. 1. eod. L. 11. §. 12. de act. E. V. (19. 1.). Weber Beytr. zu der Lehre v. d. Klagen. 1. Heft. n. 5. Köchy Meditat. 1. S. n. 2.

o) L. 41. h. t. (21. 2.) L. 29. de act. E. V. (19. 1.). Lynker l. c. §. 10. 21.

p) L. 11. §. 18. de act. E. V. (19. 1.) arg. L. 14. §. 9. de aedil. edict. (21. 1.). I. H. Boehmer vindic. iurid. pacti de non praest. evict. Hal. 1735. (Exerc. T. 4.). G. L. Boehmer repetit. vindic. pacti de non praest. evict. Hal. 1737. (auch als praefatio zu I. H. Boehmer Exerc. ad P. T. IV.). Westphal §. 336—340. Glück Erläut. d. Pand. 20. Bd. S. 295—330. Andere Ideen haben A. Faber rational. ad L. 11. §. 18. cit. F. Alef veritas commun. opinion. circa pactum de non praest. evict. Heidelb. 1737. I. T. Richter de pacto evict. non praestandae inutili. Lips. 1756. I. F. Müller reiterat. vindic. commun. opinion. circa pact. de non praest. evict. Heidelb. 1760.

q) L. 4. §. 5. de dol. mal. exc. (44. 4.) L. 27. C. h. t. (8. 45.) L. 7. C. comm. utriusque indic. (3. 38.). Fachinei controv. L. II. c. 40. A. M. ist Voet l. c. §. 32.

r) Struben 2. B. 103. Bed. L. G. Madihn Diss. quae sistit. varias iur. observat. n. 1.

s) L. 40. L. 41. pr. §. 2. h. t. (21. 2.).

gewähren, und es kann bey allen Geschäften defshalb die Contracts-Klage auf Rescission des Geschäfts, oder Verminderung der Gegenleistung angestellt werden [t]). Durch ein Edict des Aedilen wurden bey den Römern für den Fall des Verkaufs von Sklaven und Thieren unter jenen Voraussetzungen noch zwey besondere Klagen, nämlich die *actio redhibitoria* (Wandelklage) auf Vernichtung des Geschäfts, und die *actio quanti minoris* (Minderungsklage) auf Verminderung des Kaufpreises gestattet [u]), und diefs ward in der Folge auf alle, das Eigenthum nicht unentgeltlich übertragenden [x]), nicht aber auf andere Geschäfte ausgedehnt [y]), wiewohl bey diesen die Contracts-Klagen dieselben Dienste thun [z]).

§. 191.

Aedilitisches Edict.

Der Inhalt des Edicts ist nach seiner jetzigen Ausdehnung bestimmt folgender: A) jeder Verkäufer haftet wegen der, von ihm versprochenen geistigen oder körperlichen Eigenschaften [a]); doch werden diese im Zweifel nicht in der höchsten Güte verlangt [b]); auch sind allgemeine Lobpreisungen nicht als bindendes Versprechen zu behandeln [c]). Der Verkäufer ist ferner B) wegen aller, nicht ganz unbedeutenden [d]) Krankheiten, Gebrechen und Fehler der Sache, welche

t) L. 6. §. 4. L. 11. §. 8. de act. E. V. (19. 1.).

u) L. 1. §. 1. L. 38. pr. de aedil. edict. (21. 1.). H. Donellus de aedil. edict. (in opp. prior. pag. 183. fgg.). F. Balduinus annot. in Tit. de aedil. edict. (Heineccii iurispr. Rom. et Att. T. 1.). I. Strauch de aedil. edict. Vit. 1665. (op. n. 19.). E. Otto de aedil. colon. et municip. Lips. 1732. Heineccius ad edict. aedil. flor. sparsio. Hal. 1738. Mascov opusc. T. 2. n. 6. Westphal v. Kauf u. s. w. §. 366—548. Neustetel u. Zimmern Unters. 1. B. nr. 9.

x) L. 1. pr. L. 19. §. 5. L. 33. pr. L. 38. pr. §. 5. L. 49. L. 61. L. 62. L. 63. h. t. (21. 1.). Ganz abweichende Ideen s. im Archiv für civilist. Praxis 2. B. 1. Hft. nr. 19. Dagegen: Neustetel a. a. O. S. 209—216. und das angef. Archiv 5. B. 3. St. S. 350—355. 6. B. 1. St. nr. 3.

y) L. 63. eod. A. M. ist wegen der nicht glossirten L. 33. C. h. t. (4. 58.) Cuiac Obs. L. 17. c. 38. Allein s. Hotomann Obs. L. 4. n. 17.

z) L. 19. §. 1. locat. (19. 2.) L. 13. §. 6. de damno infect. (39. 2.). Forner rer. quot. L. 4. c. 18. (Otto Thes. T. 2. p. 243.). Stryk de act. investigand. S. 1. M. 6. §. 43.

a) L. 17. §. 20. L. 19. §. 2. L. 37. L. 38. §. 10. L. 52. h. t. (21. 1.).

b) L. 18. pr. §. 1. 2. L. 19. §. 4. eod.

c) L. 19. pr. §. 3. eod. L. 43. pr. de contr. emt. (18. 1.).

d) L. 1. §. 8. L. 4. §. 6. L. 5. L. 6. §. 1. 2. L. 11. h. t. (21. 1.).

ihrer Brauchbarkeit schaden, verantwortlich e), selbst wenn er allgemein, ohne Benennung einzelner Fehler, sich sollte aufser Verantwortung gestellt haben f). Bey Sklaven kommen nur körperliche g), nicht aber, wenige Fälle ausgenommen h), die Fehler der Seele in Betracht i), es sey denn, dafs sie in Krankheiten des Körpers ihren Grund hätten k). Sind sie so offenbar, dafs sie der Käufer ohne grobe Nachlässigkeit hätte entdecken können, so trägt er den Schaden l), aufser wenn der Verkäufer ihn arglistig irren liefs m). Welche Fehler übrigens heimliche sind, mufs in jedem vorkommenden Fall durch Beurtheilung entschieden werden n). Hat der Käufer sich auf andre Art in seinen Erwartungen getäuscht, so mufs er diefs tragen, wenn er nicht eines Irrthums, oder eines Betrugs wegen das Geschäft anfechten kann o). Uebrigens kann der Käufer wegen der Mängel eine, aufs Doppelte gehende Caution verlangen p).

§. 192.

Grund der Act. redh. und quanti min.

Ist die Sache fehlerhaft, sind die versprochenen Nebendinge nicht vorhanden, oder verweigert der Auctor die Caution q), so hängt es von der Willkühr des Käufers ab, ob er die Wandel-, oder Minderungsklage anstellen will r), der

e) L. 1. §. 7. L. 38. §. 7. 9. eod.

f) L. 43. §. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 39. de act. E. V. (19. 1.).

g) L. 4. §. 4. h. t. (21. 1.). Ein Register hat Westphal §. 443—463.

h) L. 11. §. 7. de act. E. V. (19. 1.) L. 17. §. 14. L. 23. §. 2. 3. h. t. (21. 1.).

i) L. 4. §. 2. 3. L. 52. L. 65. pr. eod.

k) L. 1. §. 9. 11. L. 4. §. 1. eod.

l) L. 15. §. 1. de contr. emt. (18. 1.) L. 48. §. 3. h. t. (21. 1.). Archiv für civilist. Praxis. 4. B. 1. St. nr. 5.

m) L. 9. §. 4. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 45. §. 1. de act. e. v. (19. 1.) L. 14. §. 9. h. t. (21. 1.) L. 37. de dolo (4. 3.). Lauterbach coll. L. 21. T. 1. §. 12. Stryk U. M. L. 21. T. 1. §. 8. A. M. ist Glück Erl. d. Pand. 20. B. S. 50.

n) Vergl. hier Stryk l. c. §. 12. fgg. C. G. Buder de vitiis pecor. Ien. 1740. I. M. Schneidt de aedil. edict. Wirc. 1770. Lange über die Gewohnheit, die Redhibit-Klage bey Franzosengeschwülsten des Rindviehes anzuwenden. Bützov 1786. W. G. Plouquet über die Hauptmängel der Pferde etc. Tüb. 1790. I. C. E. Münter das Rofstauscherrecht. 2te Aufl. Hannover 1796. 8. 2. Abschn. Madihn Miscellen. 1. Sch. S. 60—67.

o) L. 4. §. 4. eod. L. 11. §. 5. L. 13. §. 1. de act. E. V. (19. 1.).

p) L. 11. §. 9. 11. de act. E. V. (19. 1.) L. 14. C. eod. (4. 49.) L. 31. §. 20. h. t. (21. 1.).

q) L. 28. 38. eod.

r) L. 1. §. 1. L. 10. §. 2. L. 12. §. 1. L. 14. §. 4. 5. L. 18. pr. L. 37. L. 48. §. 1. L. 52. eod.

Fehler finde nun an einer Haupt- oder Nebensache Statt [s]); doch setzen beide Klagen ein unbedingtes Geschäft voraus [t]), so wie, daſs die Fehler nicht zur Zeit des Kaufs aufgehört [u]), und wenn sie sich nachher äuſsern, daſs sie schon zur Zeit des Kaufs existirt haben [x]). Die gemeine Theorie, daſs im Zweifel ein, drey Tage nach dem Kauf sich äuſsernder Fehler als zur Zeit der Abschlieſsung desselben vorhanden gewesen anzusehen sey [y]), ist eben so willkührlich, als es offenbar widerrechtlich ist, wenn man zur Anstellung der Wandelklage den Beweis eines Hauptfehlers, zur Anstellung der Minderungsklage den Beweis eines Nebenfehlers verlangt [z]). Nur das ist wahr, daſs der Richter von Amtswegen auf Redhibition sprechen kann, wenn wegen gänzlicher Unbrauchbarkeit der Sache die Minderungsklage auf volle Rückgabe des Preises angestellt ist [a]), und in diesem Fall [b]) kann man es denn auch dem Verkäufer, gegen den die Minderungsklage gerichtet ist, zugestehen, die Redhibition der Minderung vorzuziehen.

§. 193.

Fortsetzung. Sind mehrere Sachen vereint verkauft, oder lassen sie sich nicht wohl trennen, so zieht die Redhibition der einen Sache die der andern nach sich [c]); sonst aber braucht nur die einzelne fehlerhafte Sache zurückgegeben zu werden, in welchem Fall denn eine Taxe derselben nöthig werden kann [d]). Ist von Mehreren eine Sache verkauft, so haben wir die Vorschrift, daſs von einer Gesellschaft von Sklavenhändlern, wenn nicht jeder einen besondern Theil verkaufte, einem jeden Einzelnen, welcher mehr, oder so viel, als die Andern, am Gesellschaftsvermögen Antheil hat, *in solidum* die Redhibition

s) L. 32. L. 38. pr. eod.

t) L. 43. §. 9. eod.

u) L. 1. §. 10. L. 16. eod.

x) L. 54. eod. L. 3. C. eod. (4. 58.).

y) Stryk U. M. L. 21. T. 1. §. 26. 27.

z) Unnütz sind daher die Erörterungen des Stryk l. c. §. 11. 38. Vergl. Lauterbach coll. L. 21. T. 1. §. 25. 29. 30. 32. Feuerbach civil. Vers. 1. B. n. 2. Glück Erläut. d. Pand. 20. B. S. 117—126. 131. 147. Neustetel u. Zimmern Unters. 1. B. S. 244—253.

a) L. 43. §. 6. h. t. (21. 1.). Struben 1. B. 17. Bed.

b) Nicht allgemein, wie Westphal §. 546. vermöge der, offenbar von einer laesio ultra dimidium handelnden L. 12. §. 1. de I. D. (23. 3.) irrig behauptet. L. 48. §. 1. h. t. (21. 1.).

c) L. 33. §. 1. L. 34. L. 35. L. 38. §. 14. L. 39. L. 40. pr. L. 64. §. 1. h. t. (21. 1.).

d) L. 36. L. 64. pr. eod.

geschehen kann; andern Verkäufern aber nur *pro rata* e). Haben Mehrere vereint gekauft, so muſs die Redhibition von Allen vereint geschehen; doch hat jeder wegen der Entschädigung nur verhältniſsmäſsige Foderungen f).

§. 194.

Unterschied beider.

Die Wandelklage unterscheidet sich dadurch wesentlich von der Minderungsklage, daſs sie nicht, wie diese, auf Herabsetzung der Gegenleistung, sondern auf Rescission des Geschäfts angestellt wird g). Die letzte kann daher mehrmals nach einander, die erste hingegen von dem Sieger nur Einmal angestellt werden h). In Ansehung der Verjährung finden gleichfalls wichtige Unterschiede Statt i), welche aber erst unten (§. 1036.) deutlich werden können.

§. 195.

Leistungen dabey.

Die gegenseitigen Verpflichtungen bey Anstellung der Wandelklage sind folgende: A) der Käufer ist gehalten, dem Verkäufer die Sache zu restituiren, und zwar nebst allen gezogenen und zu ziehenden Früchten, so wie mit allem, in Rücksicht derselben auf irgend eine Art gemachten Gewinn k); auch haftet er wegen der, durch ihn selbst, seine Angehörigen, Bevollmächtigten und Vorgesetzten der Sache zugefügten l), nicht aber wegen zufälliger Beschädigungen m), so wie es seine Pflicht ist, die Sache von den darauf gelegten Lasten zu befreyen n). Hat er die Sache so umgewandelt, daſs sie nach Justinians Theorie o) als ein neues Wesen zu betrachten ist, so kann er sie dem Verkäufer nicht aufdringen p). Was B) den Verkäufer

e) L. 31. §. 10. L. 44. §. 1. eod. Westphal §. 532. 533. A. M. ist Glück Erl. d. Pand. 20. B. S. 110—112.

f) L. 31. §. 5. 6. 7. eod.

g) L. 18. pr. L. 23. §. 1. eod. Ueberhaupt s. auſser den oben citirten Schriften: V. Riemer de act. aedilit. Ien. 1634. F. Mazei de aedil. act. Rom. 1786. I. G. S. A. Büchner de electiv. ut ferunt act. redhib. cum act. quanti minor. concursu. Giess. 1739.

h) L. 48. §. 7. eod. L. 31. §. 16. eod.

i) L. 19. §. ult. L. 28. eod.

k) L. 23. §. 9. L. 43. §. 5. eod.

l) L. 25. §. 1. 2. 3. 5. L. 31. §. 11. 14. 15. eod.

m) L. 47. §. 1. L. 48. pr. eod.

n) L. 43. §. 8. eod.

o) in §. 25. I. de rer. divis. (2. 1.).

p) Vergl. Carpzov P. 3. Dec. 222. mit Schilter Exerc. 34. §. 13.

betrifft, so muſs er a) dem Käufer den Preis nebst Zinsen, und wenn er ungehorsam ist, das Doppelte restituiren, so wie Alles, was derselbe bey Schlieſsung des Handels nach Verabredung, oder weil es seyn muſste, ausgegeben hat q); ferner b) die auf die Sache verwandten nöthigen und nützlichen Auslagen r); auch muſs er c) dem Käufer den, demselben durch die Sache zugefügten Schaden vergüten, und zwar natürlich unbedingt, wenn ihm eine Schuld beygemessen werden kann, sonst aber nur unter der Voraussetzung, daſs er sie dem Käufer nicht statt Schadenersatzes lassen will s). Dagegen braucht er d) dem Käufer den, demselben durch das Geschäft erwachsenen Schaden nur dann zu vergüten, wenn er arglistig verfuhr, oder schuldvoll nicht leistet, was wirklich versprochen war; sonst gibt er bloſs das Erhaltene zurück t). Auf allen Fall darf das gesammte Interesse nicht über das Doppelte berechnet u), es kann aber auch gefodert werden, selbst wenn die übergebene Sache bereits evincirt seyn sollte x), so wie es sich nach den angeführten Gesetzen von selbst versteht, daſs diese Entschädigungsfoderungen sich auch bey der Minderungsklage denken lassen. Auch ist noch zu bemerken, daſs, wenn die Redhibition vollständig geschehen ist, ohne daſs der Verkäufer dem Käufer das Gehörige geleistet hat, der letzte jenen deſshalb durch eine *actio in factum* belangen kann y).

§. 196.

Ausnahmen. Die Verpflichtung zur Gewähr der Mängel fällt weg A) bey dem Verkauf unbedeutender Dinge z),

q) L. 27. L. 45. eod. Stryk l. c. §. 30.

r) L. 29. §. 3. L. 30. §. 1. eod. A. M. ist, wegen vernachlässigter Unterscheidung zwischen expensis und impensis, Hellfeld iurispr. For. §. 1111.

s) L. 23. §. 8. L. 31. pr. L. 58. pr. eod.

t) L. 1. §. 2. eod. L. 1. C. h. t. (4. 58.) L. 6. §. 4. L. 13. pr. de act. E. V. (19. 1.) L. 19. §. 1. locati (19. 2.) vergl. mit L. 45. de contr. emt. (18. 1.) L. 6. §. 4. de act. E. V. (19. 1.) L. 137. §. 4. de V. O. (45. 1.). Unvollständige oder irrige Ansichten haben hier Franzke comm. L. 21. T. 1. n. 62. Richter Dec. n. 16. 17. Costa quaest. iur. memor. c. 13. (Otto Thes. T. 5. p. 418.).

u) L. 11. §. 9. 10. de act. E. V. (19. 1.) vergl. mit L. un. C. de sent. quae pro eo quod int. (7. 47.).

x) L. 16. §. 2. de evict. (21. 2.) L. 44. §. 2. h. t. (21. 1.). Westphal §. 367.

y) L. 31. §. 17. 18. 19. eod. Burchard D. de act. in fact. ex L. 31. §. 17. de aedil. edict.

z) L. 48. §. 8. h. t. (21. 1.). Westphal §. 417.

obwohl Viele glauben, dafs hier dennoch wegen gänzlicher Unbrauchbarkeit auf Redhibition geklagt werden könne a). B) Wenn der Fiscus Verkäufer war b). Andre Communen sind nicht ausgenommen c). Auch braucht C) der Schenker für nichts zu haften, wenn er nicht arglistig verfuhr d), so wenig als D) der Verkäufer einer *universitas* in den Fällen, da er wegen der Eviction nicht einmal verantwortlich ist e). Endlich E) wenn der Verkäufer es sich bedung, für gewisse bestimmte Fehler nicht stehen zu wollen, und ihm hiebey keine Arglist vorgeworfen werden kann f).

§. 197.

8) Pflicht, nicht über die Hälfte zu verletzen.

Eine mit der zuletzt erörterten sehr analoge Verpflichtung ist 8) bey onerosen Verträgen die Verbindlichkeit beider Theile, sich nicht über die Hälfte *(ultra dimidium, enormiter)* zu verletzen g). Es findet diese nicht blofs beym Kauf, und hier sowohl von Seiten des Käufers, als Verkäufers h), sondern auch bey andern zweyseitigen Geschäften, welche das Eigenthum, oder andre Rechte übertragen, Statt i), und zwar ist das allgemeine Princip: wer an Werth über einmal so viel empfing, als er weggab, hat den Andern

a) Lauterbach coll. L. 21. T. 1. §. 5.

b) L. 1. §. 3. eod.

c) L. 1. §. 4. eod. Lauterbach coll. L. 21. T. 1. §. 7.

d) L. 62. eod.

e) L. 32. L. 33. eod.

f) L. 14. §. 9. eod. L. 39. de act. E. V. (19. 1.).

g) L. 2. L. 8. C. de resc. vend. (4. 44.) L. 3. C. commun. utriusque iudic. (3. 38.) cap. 3. 6. x. de emt. vend. (3. 17.). Noch citirt man wohl dafür, aber ohne Grund, L. 78. 79. pro soc. (17. 2.) L. 6. §. 2. L. 12. §. 1. de iure dot. (23. 3.). Ueberh. H. de Coccei de remed. L. 2. C. de resc. vend. Heidelb. 1679. (Ex. V. 1. n. 36.). C. Thomasius de aequitate cerebrin. L. 2. C. de resc. vend. Hannesen de immodica laesione eiusque probat. Goett. 1747. G. S. Wiesand progr. ad L. 2. C. de resc. v. Vit. 1768. I. P. Gregel Sp. exhib. remed. L. 2. C. cit. brevi system. trad. Wirzb. 1798.

h) A. M. ist in Betreff des Käufers Cuiac Obs. L. 14. c. 18. L. 23. c. 32. Merill Obs. L. 23. c. 32. C. G. Richter de L. 2. C. de resc. vend. falso remed. resc. vend. propter laes. ultra dimidium. Lips. 1749. Müller ad Leyser Obs. 415. v. Löhr Uebers. d. Constitutionen von Constantin I. bis Valentinian III. S. 18. Archiv für civilist. Praxis. 4. B. 1. St. nr. 8. Batz Abhandl. Tübing. 1816. S. 190—197. — Allein s. Cocceii I. C. L. 18. T. 5. qu. 2—5. 7. 14. 16—21. C. R. Koch de L. 2. C. de resc. vend. etiam ad emtor. extendenda. Arg. 1759. Glück Erl. d. Pand. 17. B. S. 21—23. 27—34. 50—52. 120—125.

i) Lauterbach Coll. L. 18. T. 5. §. 39—44. In Betreff der Pachtungen sind besonders ab-

über die Hälfte verletzt k), mithin ist der Verkäufer enorm lädirt, wenn er nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes der Sache empfing, der Käufer, wenn er mehr als den doppelten Werth weggab l). Auch dann, wenn durch sogenannte *arbitratores* (§. 155.) nach deren billigem Ermessen das Object des Vertrags bestimmt ist, kann nur über eine solche Verletzung Beschwerde geführt werden m).

§. 198.

Fortsetzung.

Verringerung des Werths, welche erst nach dem Contract eintritt, schadet natürlich dem Empfänger n). War hingegen die Verletzung zur Zeit des abgeschlossenen Geschäfts vorhanden, und zwar bey unbeweglichen Sachen nach der Taxe des Orts, wo sie liegen, bey andern nach dem Marktpreise des Orts, wo der Vertrag geschlossen ist o): so kann der Verletzte, nach vorgängigem Beweise der Verletzung, wobey Urkunden nicht ausgeschlossen sind p), nach Römischem Recht nur Eins, nämlich Aufhebung des Geschäfts verlangen q); doch steht es in der Wahl des Gegentheils,

weichend wegen L. 23. locat. (19. 2.) A. Faber error. pragm. D. 8. E. 8. Huber prael. L. 18. T. 5. §. 3. Allein ohne Grund. Voet L. 18. T. 5. §. 13. Struben 3. B. 119. Bed. H. G. Bauer D. quod L. 2. C. de resc. vend. etiam ad locat. pertineat. Lips. 1762.

k) L. 2. C. de resc. vend. (4. 44.).

l) Averan. interpr. L. 3. c. 7. I. U. de Cramer disqu. de laesione enormi recte computanda (op. T. 3. p. 581.). I. S. T. Gehler de laes. emtoris ultra dimid. recte computanda. Lips. 1777. Herrenschneider Diss. I. II. de enormis laes. computat. Argentor. 1784. 1785. Florencourt Abh. aus der jurist. und polit. Rechenkunst S. 243. fgg. Höpfner Comm. §. 870. Batz Abhandl. S. 197–200. — Andere halten den Käufer schon verletzt, wenn er mehr als 1½ des wahren Werths gegeben hat. I. A. Ickstadt de laes. enorm. in contr. emt. vend. recte computanda. Herbip. 1734. Idem de laesion. enorm. recte comput. Ibid. 1735.

m) Cocceii I. C. l. c. qu. 26. S. oben §. 155. not. d.

n) L. 8. C. de resc. vend. (4. 44.).

o) Lauterbach coll. L. 18. T. 5. §. 17. Berger oec. iur. L. 3. T. 5. §. 18. not. 3.

p) Vergl. Struben 3. B. 108. Bed. Lauterbach coll. L. 18. T. 5. §. 22. Wernher lect. comm. eod. §. 5. Hannesen Diss. cit. Glück Erl. d. Pand. 17. B. S. 59–66.

q) L. 2. C. l. c. Cocceii I. C. l. c. qu. 4. A. P. Frick de libello actionis ob laesionem enormem instituendae non disiunctive concipiendo. Helmst. 1744. Abweichend ist cap. 3. 6. X. de emt. vend. (3. 17.), doch streitet man darüber. Glück S. 71–76.

durch verhältnifsmäfsiges Nach- oder Rückzahlen, bis zum wahren Werth die Rescission abzuwenden *).

§. 199.

Fortsetzung. Die Rechtsmittel, deren sich der Verletzte bedienen kann, sind eine Einrede, wenn er belangt wird, und sofern er klagen will, die aus dem Geschäft selbst entspringende Klage r), welche Rechtsmittel auch den Erben des Verletzten nicht zu versagen sind s). Es gehen und wirken jedoch diese Klagen nicht gegen Dritte, welche inzwischen dingliche Rechte an der Sache erwarben t). Erfolgt die Rescission, so müssen beide Theile sich das Empfangene restituiren; doch ist nicht entschieden, ob die genossenen Vortheile sich compensiren, oder auch der Restitution unterworfen sind, welches Letzte, wegen der hier stattfindenden Ungleichheit des Empfangenen, unleugbar richtiger ist u). Die auf die Sache gemachten nöthigen und nützlichen Verwendungen müssen hier natürlich dem Restituirenden insofern vergütet werden, als diefs jeder Besitzer in gutem Glauben verlangen kann.

§. 200.

Fortsetzung. Das Gesuch um Rescission des Geschäfts aus diesem Grunde fällt weg, A) wenn bey dem, welcher zu viel empfing, das Empfangene ohne Arglist desselben untergegangen ist x). Hat dagegen der, welcher zu viel weggab, das Empfangene zufällig verloren, so kann er von dem Bereicherten noch immer Entschädigung fodern y); B) wenn der Verletzte einen ungewissen Ver-

*) L. 2. C. l. c. Glück a.a.O.

r) Voet l. c. §. 4. Lauterbach l. c. §. 5. A. M. ist H. I. Lienau de natur. et indole act. quae ob laesion. enorm. conceditur. Goett. 1782. Batz Abh. S. 200—203.

s) I. C. L. de Schellwitz C. utrum heredi remed. L. 2. C. de resc. vend. detur? Ien. 1767. I. N. Moeckert de act. rescissoria ob laes. enorm. liberis hered. non deneganda. Rintel. 1767. A. M. ist W. Kaestner remed. ex L. 2. C. de resc. vend. liberis heredibus non opitulari. Lips. 1764.

t) Mevius P. 5. Dec. 147. Faber err. pragm. D. 7. E. 16. Lauterbach l. c. §. 32. 51. Glück Erl. d. Pand. 17. B. S. 77—79. 108—114. Ganz abweichend ist Batz Abhandl. S. 202—205. Willkührliche Ausnahmen macht Cocceii I. C. l. c. qu. 10.

u) Ueber die verschiedenen Ideen vergl. Faber l. c. Dec. 7. E. 7. Lauterbach l. c. §. 50. 52. 53. Voet l. c. §. 10. mit Cocceii l. c. qu. 24.

x) Struv Ex. 23. Th. 90.

y) Lauterbach coll. L. 18. T. 5. §. 28. fgg. H. de Cocceii

trag schlofs, wobey er nach allgemeinen Wahrscheinlichkeiten eben so viel gewinnen konnte, als er jetzt wirklich verliert z); C) wenn der Verletzte in voraus seinen Ansprüchen wegen der unmäfsigen Verletzung speciell entsagte a), wohin aber noch nicht der Fall gehört, wenn er das Geschäft wiederholte b), oder eidlich bestärkte c), wohl aber der Fall, wenn er wufste, dafs er zu viel weggab, zumal jetzt, da Schenkungen auch durch stillschweigende Einwilligung geschehen können d); doch machen Manche eine Ausnahme, wenn das Geschäft aus Noth geschlossen ward e). Nach der Meynung Vieler, D) wenn die Veräufserung vermittelst einer öffentlichen Versteigerung geschah f), wofür es jedoch keinen hinlänglichen Grund gibt g); wohl aber E) wenn der Verletzte nachher seinem Recht entsagte h), wohin auch der Fall gehört, wenn er willkührlich das Empfangene, wenigstens dann veräufsert, wenn ihm die Verletzung bekannt war i), oder F) wenn durch ein richterliches Urtheil unter mehreren Theilen Rechtsverhältnisse bestimmt wurden k). Man darf es aber dem richterlichen Urtheil nicht gleichsetzen, wenn ein Vertrag blofs gerichtlich bestätigt wird l). Endlich G) wenn durch die Gesetze selbst der gegebene Preis bestimmt ist m).

Diss. cit. Th. 13. A. M. ist Toullieu de usu remed. L. 2. C. de resc. vend. re alienata vel extincta. (in Collect. n. 12.).

z) L. 8. in fin. C. h. t. (4. 44.) L. 17. C. de usur. (4. 32.). Meditationen über versch. R. M. 4. B. n. 217. Ueber die Anwendung dieses Princips auf Erbschaften und den Vergleich s. Lauterbach l. c. §. 38. Leyser Sp. 205. M. 4. Meine Versuche 2. B. n. 11.

a) L. 29. C. de pact. (2. 3.) vergl. mit §. 74. Lauterbach l. c. §. 18. 57. Faber l. c. E. 6. A. M. ist Mynsinger Cent. 5. Obs. 59. H. de Cocceii l. c. Th. 11.

b) Lauterbach l. c. §. 61.

c) Cocceii l. c. Th. 10. A. M. ist Lauterbach l. c. §. 58.

d) L. 11. C. h. t. (4. 44.) L. 9. C. de act. emt. (4. 49.) L. 57. §. 2. de contr. e. (18. 1.). Vinnii qu. sel. L. 1. c. 50. Glück Erl. d. Pand. 17. B. S. 84. 85. 101—103.

e) Lauterbach l. c. §. 19.

f) Cocceii I. C. l. c. qu. 15. Noch weiter geht Hommel rhaps. Obs. 586.

g) Pufendorf T. 3. Obs. 78. Köchy Meditat. 1. B. n. 15. Glück a. a. O. S. 87—100.

h) L. 29. C. de pact. (2. 3.).

i) Unbedingt stellt den Satz mit Vielen Cocceii l. c. qu. 9. n. V.

k) L. 36. fam. herc. (10. 2.) L. 27. de re iudicat. (42. 1.) L. 3. C. comm. utriusque iudic. (3. 38.). A. M. ist Cocceii L. 10. T. 2. qu. 6. Hofacker T. 3. §. 3058.

l) I. G. Schaumburg de aequitate et usu pract. L. 2. C. de resc. vend. Viteb. 1725. §. 18. Struben 5. B. 137. Bed.

m) C. L. Crell de pretio legali. Vitemb. 1756.

§. 201.

9) Dauer und Uebergang auf die Erben.

Alle bis jetzt erwähnten Wirkungen der Verträge dauern, 9) so lange die Erfüllung nicht unmöglich ist, selbst unter völlig veränderten Umständen, welche, vorhergesehen, von der Eingehung des Vertrages würden abgehalten haben, unverändert fort n), und erstrecken sich auch im Zweifel auf die Erben o), wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil ausgemacht ist, oder die Natur des Geschäfts, z. B. wenn die Leistung besondere persönliche Eigenschaften voraussetzt, ein Anderes mit sich bringt p). Sind die Wirkungen eines Vertrages blofs auf die Contrahenten beschränkt, so nennt man ihn *pactum personale* oder *in personam;* gehen sie hingegen auch auf Andre, z. B. Bürgen und Erben über, so heifst der Vertrag *pactum reale* oder *in rem* q).

Zweyte Abtheilung.

Ueber das Aufhören, Erhalten und Wiederherstellen der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 202.

Arten der Aufhebung und Vernichtung.

Betrachtet man die Rechte und Verbindlichkeiten in Rücksicht ihrer Dauer, so mufs man von dem Hauptgrundsatz ausgehen, dafs jedes Recht so lange dauert, bis es nach besonderen Bestimmungen erlischt, und dafs es nicht weiter aufhört, als diese Bestimmungen dasselbe einschränken. Da nun ein Recht sich mehrfach, durch Klagen und Einreden, äufsert, so sollte man auch eigentlich die unbedingte Regel annehmen, dafs, wenn der Berechtigte blofs sein Klagerecht durch Verträge oder Gesetze verloren hat, die

n) H. de Cocceii de clausula reb. sic stantibus. Frkf. ad V. 1699. cap. 6. Weber v. d. nat. Verb. §. 90. A. M. ist Leyser Sp. 40. M. 4. und zum Theil Müller ad Leyser Obs. 154.

o) L. 7. §. 8. de pact. (2. 14.) L. 13. C. de contrahend. stip. (8. 38.).

p) I. Harprecht de electione personae industriae. Tub. 1715. Leyser Sp. 41.

q) L. 7. §. 8. L. 25. §. 1. de pact. (2. 14.). I. Scheffer de pacto reali et personali. Giess. 1692.

übrige Wirksamkeit des Rechts nicht mit vernichtet ist r). Allein wir haben die positive Vorschrift, dafs, wenn das Gesetz einem Gläubiger blofs zum Vortheil des Schuldners die Klage abspricht, oder diesem eine Einrede gegen die Klage jenes gestattet, eben dadurch das ganze Recht des Gläubigers erlischt s). Die Römer sind jedoch diesen Grundsätzen nicht überall getreu geblieben t).

§. 203.

Fortsetzung.

Aus der gänzlichen Aufhebung eines Rechts entspringen vernichtete *(nullae, reprobatae)*, aus der theilweisen Aufhebung desselben eingeschränkte Verbindlichkeiten *(restrictae)*. Ist eine Verbindlichkeit so vernichtet, dafs sie selbst nach der Strenge des Rechts als nicht vorhanden anzusehen ist: so wird sie eine schlechthin vernichtete *(ipso iure nulla)* genannt; kann hingegen der Verpflichtete sich nur blofs nach der Billigkeit gegen die Strenge des Rechts durch das Berufen auf jene *(ope exceptionis)* gegen den Gläubiger decken, so heifst sie eine unwirksame *(inefficax)*. Der, jetzt unpraktische Unterschied lag hauptsächlich darin, dafs der *iudex* im letzten Fall nicht ohne Instruction die Einrede annehmen konnte u).

§. 204.

Erlöschungsgründe.

Rechte und Verbindlichkeiten, welche einmal auf eine gültige Art entstanden sind, dauern in der Regel fort, auch wenn neue Umstände, unter denen sie nicht hätten entstehen können, eintreten sollten, falls nicht eine Unmöglichkeit der Leistung damit verbunden ist x). Nach allgemeinen Grundsätzen

r) Weber über die natürliche Verbindlichkeit. §. 91. 92.

s) L. 26. §. 3. 7. L. 40. L. 43. L. 54. L. 56. de condict. indeb. (12. 6.) L. 9. §. 4. ad SCt. Maced. (14. 6.) L. 112. de R. I. (50. 17.) L. 9. C. ad L. Falcid. (6. 50.). Vergl. mit L. 7. §. 4. de pact. (2. 14.). A. M. ist W. Frauke civilist. Abhandl. Gött. 1826. S. 65—78.

t) L. 5. L. 9. L. 33. de cond. indeb. (12. 6.) L. 49. §. 1. de fideiussor. (46. 1.). Glück Comm. 13. B. §. 828. Voet cod. Tit. §. 4. 17.

u) L. 112. de R. I. (50. 17.). Vergl. überh. Wehrn v. gerichtl. Einwend. §. 10. Westenberg de causs. obligat. Diss. 1. Cap. 4. A. Hummel Berichtig. der gewöhnl. Theor. über die Arten Verbindlichkeiten aufzuheben. Giefs. 1804. Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. 1. Hft. S. 144. fgg.

x) §. 2. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 140. §. 2. de V. O. (45. 1.) L. 85. §. 1. de R. I. (50. 17.). Averanii int. L. 4. c. 24.

erlischt ein Rechtsverhältnifs nur durch Zahlung, und was dieser gleich ist y), oder durch neue, dem Grunde derselben contradictorisch entgegengesetzte Thatumstände z).

§. 205.

Erhaltungsmittel.

Fürchtet Jemand, durch eine Handlung ein Recht zu verlieren, so kann es räthlich und nothwendig werden, sich durch eine Erklärung wider die nachtheilige Auslegung der Handlung *(Protestatio)*, oder durch den Vorbehalt seiner Rechte *(Reservatio)* dagegen zu verwahren a). Soll eine Handlung nach gesetzlicher Vorschrift durchaus gewisse Folgen haben, so wendet der Vorbehalt diese Folgen nicht ab b), wohl aber, wenn sie nur durch einen Schlufs aus dem Sinn der Handlung abgeleitet werden; wiewohl doch hier die Protestation nicht hindern kann, dafs der Protestirende wegen der Eigenmacht und Widerrechtlichkeit seiner Handlung zur Verantwortung gezogen werde c).

§. 206.

Wiederherstellung.

Sind Rechtsverhältnisse vernichtet, so bleibt es dabey, bis sie aus besondern Gründen wieder hergestellt werden. Diefs kann natürlich geschehen 1) durch alle willkührlichen Thatumstände, welche nach allgemeinen Grundsätzen Rechtsverhältnisse erzeugen, wobey also auch die Rechte dritter Personen nicht gekränkt werden dürfen d); ferner 2) gradezu nach gesetzlicher Vorschrift *(reviviscentia)*, sobald ein gewisser Thatumstand eintrit e); und endlich 3) durch den

y) S. oben §. 82. fgg.

z) L. 35. de R. I. (50. 17.).

a) L. 34. de neg. gest. (3. 5.) L. 14. §. 7. de religios. (11. 7.). I. H. Melich de protestationibus. Lips. 1672. I. Strauch de eod. arg. Ien. 1668. F. C. Koch D. sistens binas meditat. de protestatt. et consensu praesumto. Ien. 1740. S. Stryk de iure reservationum. Frkf. 1689. I. F. Wernher de reservato. Vit. 1726.

b) L. 14. de publ. in rem act. (6. 2.). C. Thomasius de protestatione ius protestantis non conservante. Hal. 1699. Idem de protestatione facto contraria. Hal. 1699.

c) L. 21. pr. de acquir. vel om. hered. (29. 2.). Müller ad Leyser Obs. 572.

d) L. 27. §. 2. L. ult. de pact. (2. 14.). Voet L. 46. T. 3. §. 29.

e) L. 14. pr. quem serv. am. (8. 6.) L. 5. §. 1. L. 19. pr. L. 20. §. 1. de captivis (49. 15.). A. L. Hombergk zu Vach de reviviscentia iuris extincti. Marb. 1743. I. F. Rivinus de obligatione extincta iterum reviviscente. Lips. 1746.

Richter, es sey nun von Amtswegen f), oder auf einseitiges Anrufen eines verletzten Theils. Geschieht die Wiederherstellung aus Billigkeit wider strenge Rechtsgrundsätze, so nennt man sie vorzugsweise Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *(restitutio in integrum)* g).

Dritter Abschnitt.

Ueber das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten.

§. 207.

I) Rechtsfähigkeit.

Das Dritte, was bey Rechten und Verbindlichkeiten in Betracht kommt, ist das Subject derselben, d. h. die Person, der etwas möglich oder nothwendig ist. Hier ist nun 1) zunächst die Frage vor allen zu erörtern: wer kann Subject eines Rechts seyn, und zwar sowohl nach der Natur der Sache (natürliche Rechtsfähigkeit), als nach den Vorschriften des positiven Rechts (bürgerliche Rechtsfähigkeit)? Derjenige, welcher in irgend einer Rücksicht als Subject eines Rechts betrachtet wird, heifst insofern Person, besonders insofern man ihn als Subject bürgerlicher Rechte betrachtet: Sache dagegen heifst dann Alles, was den Gegensatz einer Person ausmacht h). Die bürgerliche Rechtsfähigkeit ist das, was die Römer *caput* oder *status* nennen i). Die Neueren nennen sie dagegen, verbunden mit allen durch die Gesetze erzeugten Eigenschaften, wovon einzelne Rechte abhängen, *status civilis;* die natürliche Rechtsfähigkeit hingegen, ver-

f) Wo er überhaupt so handeln darf, z. B. in Sachen Minderjähriger.

g) S. darüber unten den besondern Theil.

h) pr. I. de iure person. (1. 3.) §. 4. I. de cap. minut. (1. 16.) L. 20. §. 7. qui test. fac. poss. (28. 1.) L. 15. C. de SS. eccles. (1. 5.).

i) In allgemeiner Rücksicht gehört also dahin der status libertatis, civitatis und familiae; pr. I. de cap. dem. (1. 16.) im engern Sinn nur der erste und zweyte. L. 3. §. 1. L. 4. de cap. min. (4. 5.) L. 1. §. 8. ad SCt. Tertyll. (38. 17.). Feuerbach civil. Vers. 1. B. n. 6.

bunden mit physischen Eigenschaften, welche besondere Rechtsverhältnisse zur Folge haben, *status naturalis*.

§. 208.

1) Natürliche. Dazu gehört A) menschlicher Körper.

Wer als natürlich rechtsfähiges Subject betrachtet werden will, mufs Vernunft und Willen haben. Hiezu gehört nun, A) dafs er einen menschlichen Körper habe, gesetzt er sollte auch ungestaltet (*portentum, ostentum*) seyn k). Fehlen einem vom Weibe gebornen Wesen durchaus die physischen Anlagen, welche das Charakteristische des Menschen begründen, so heifst es *monstrum*, und wird keiner Rechte fähig gehalten l), wiewohl das Leben desselben im Staat nicht der blofsen Willkühr der Aeltern überlassen werden kann m), und die Gesetze zuweilen eine solche Mifsgeburt zum Vortheil der Aeltern als Kind betrachten n).

§. 209.

B) Gebornseyn.

Es mufs B) jedes menschliche Wesen, um als Subject von Rechten betrachtet werden zu können, wirklich geboren, d. h. auf irgend eine Weise von der Mutter getrennt seyn. Was im Mutterleibe ist (Embryo), wird nach der Strenge als Theil der Mutter angesehen o); doch sind alle Handlungen verboten, welche die Ausbildung und künftige Geburt desselben hindern p). Auch hat man es als Grundsatz angenommen,

k) L. 38. de V. S. (50. 16.).

l) L. 14. de stat. hom. (1. 5.). I. Weber D. de iure monstror. Giess. 1712. Ludwig Obs. phys. Med. Obs. 1. Haller gerichtl. Arzneyw. 1. Thl. S. 184. 185. C. L. Schweickhardt Beschreibung einer Mifsgeburt nebst einigen medic. Bemerk. über diesen Gegenstand. Tübing. 1801. 3. Abschn.

m) Huber L. 1. T. 5. §. 7. Mancherley andre, zum Theil durch Haller a. a. O. S. 190. fgg. widerlegte Meynungen haben Leyser Sp. 15. cor. 2. Vol. IX. Sp. 47. M. 7. Müller ad Leyser Obs. 83.

n) L. 135. de V. S. (50. 16.). O. P. Zaunschliffer de iure monstror. Marb. 1684. Th. 8. Walch ad Eckhard herm. iur. §. 199.

o) L. 1. §. 1. de ventr. inspic. (25. 4.) L. 9. §. 1. ad L. Falcid. (35. 2.) L. 2. de mort. inferend. (11. 8.). Eckhard hermen. iur. §. 137. Vergl. überh. C. Wildvogel de iure embryonum. Ien. 1693. Mallinkrot de statu nondum nator. etc. Giess. 1782. C. H. Mauchart über die Rechte des Menschen vor s. Geburt. Frkf. u. Leipz. 1782.

p) L. 18. de stat. hom. (1. 5.) L. 3. de poen. (48. 19.).

dafs der Embryo, sofern von dessen Vortheil die Rede sey, als rechtsfähige Person betrachtet werden müsse q).

§. 210.

C) Leben und Lebensfähigkeit.

Das menschliche geborne Wesen mufs C) lebendig und lebensfähig geboren seyn. Das Erste erkennt man nicht blofs aus dem Geschrey, sondern jedem andern sichern Lebenszeichen r); die Lebensfähigkeit (Vitalität) hingegen liegt darin, dafs das lebendig geborne Wesen so lange von der Mutter getragen ist, dafs es, auch wenn es noch nicht ganz vollkommen ausgewachsen seyn sollte, dennoch aufser der Mutter sein Leben fortsetzen kann. Die Gesetze fodern zur Vitalität, dafs ein Kind nach 182 Tagen vom Augenblick der Conception geboren werde. Wird es vorher geboren, so heifst es *Abortus*, und hat keine Kindesrechte s), auch wenn es den 182sten Tag seiner Existenz überleben sollte t).

§. 211.

Beweis des Lebens und Todes.

Wer das Leben, oder den erfolgten Tod einer Person behauptet, mufs beide erweisen; doch hat man nach jetzigem Gerichtsgebrauch den Beweis des Todes auf mehrfache Art sehr erleichtert, indem man sich Theils schon mit etwas mangelhaften Beweismitteln begnügt u), Theils den Tod eines Abwesenden, dessen Aufenthalt nicht auszumitteln ist, (eines Verschollenen) vermuthet, wenn von der Geburtsstunde desselben 70 Jahre verflossen sind x). Sterben

q) L. 26. de stat. hom. (1. 5.).

r) L. 3. C. de posth. hered. inst. (6. 29.).

s) L. 12. de stat. hom. (1. 5.) L. 3. §. 12. de suis et legitim. (38. 16.) L. 2. C. l. c. Haller a. a. O. S. 110—112. W. G. Ploucquet über die phys. Erfordernisse der Erbfähigkeit. Tüb. 1779. §. 71. 72. Cocceii I. C. L. 1. T. 6. qu. 3. Glück Erl. d. Pand. 28. B. S. 108—138. — A. M. sind, theils wegen L. 3. cit. und L. 12. §. 1. de lib. et posth. (28. 2.), theils aus medicinischen Gründen Caranza de part. natural. et legitim. c. 3. Stryk U. M. P. L. 1. T. 5. §. 14. Ammann medic. crit. Resp. 6. 8. — Vergl. auch noch G. C. Baumgärtner de different. part. vital. et non vitalis. Alt. 1747. C. A. Fabrott Ex. 1. de tempore partus humani (in Otto Th. T. 3.). Oelze de partu vivo vitali et non vitali praecipue rat. transmiss. hered. Ien. 1768.

t) Das Gegentheil behauptet Glück Comm. §. 115.

u) I. C. Finke de unius testis confessione. Goett. 1798. §. 9. S. jedoch dawider I. N. Hert de apertura testam. (op. V. 2. T. 3.) Sect. 1. §. 14.

x) Koch succ. ab intest. Auct.

mehrere Personen, ohne dafs es klar ist, wer früher starb, und zwar I) eines natürlichen Todes, so ist zu vermuthen, dafs die ältere früher gestorben sey y). Sterben sie II) eines gewaltsamen Todes, so ist nach der Natur der Sache in der Regel anzunehmen, dafs keiner früher, oder später als der Andere starb z), selbst wenn Eheleute zugleich umkommen a). Nur in Rücksicht der Aeltern und Kinder haben wir, wo nicht besondere Gründe zu einer Ausnahme eintreten b), die Regel, dafs von dem unmündigen Kinde der frühere, von dem mündigen der spätere natürliche Tod vermuthet werden solle c). III) Für den vermischten Fall, wenn Einer eines natürlichen, der Andre eines gewaltsamen Todes starb, haben wir keine Gesetze. Hier mufs denn also wieder die Hauptregel gelten, dafs von keinem der frühere oder spätere Tod zu vermuthen ist. Der Sinn einer Disposition kann aber natürlich alle jene Präsumtionen entkräften *).

§. 212.

D) Vernunft. Auch der lebendige lebensfähige Mensch kann selbst nur insofern als Subject eines Rechts und einer Verbindlichkeit angesehen werden, als er D) des Gebrauchs seiner Vernunft mächtig ist. Menschen also, in denen entweder die Vernunft noch unentwickelt schlummert, oder die durch Krankheit des Gebrauchs derselben beraubt sind, können insofern weder als be-

1. Müller ad Leyser Obs. 240. Köchy Medit. 1. B. n. 23.

y) L. 15. pr. de inoff. test. (5. 2.). S. überh. I. Carmon de praesumto ordine mortalit. commor. in linea recta. Rost. 1734. I. F. de Retes de commorient. iure; in opusc. L. 7. c. 5. (Meermann Th. T. 6.). E. A. van Voorst de iure quod oritur ex commorientibus ad varia iur. Rom. loca. Trai. ad R. 1757. (Oelrichs Thes. nov. T. 2. V. 2. n. 9.). Glück v. der Intestat-Erbfolge §. 3. Archiv für civilist. Praxis. 4. B. 3. Hft. nr. 27.

z) L. 9. pr. L. 16. pr. §. 1. L. 18. de reb. dub. (34. 5.) L. 34. ad SCt. Treb. (36. 1.). A. Faber conj. L. 13. c. 14. 16. vergl. mit Averan. int. L. 5. c. 31. n. 8.

a) L. 32. §. 14. de don. int. V. et U. (24. 1.) L. 26. de mort. c. don. (39. 6.). Glück a. a. O. S. 14. 15.

b) L. 17. §. 7. ad SCt. Treb. (36. 1.). Voet comm. L. 24. T. 5. §. 3. L. 36. T. 1. §. 16. Voorda elect. c. 20.

c) L. 9. §. 1. §. ult. L. 22. L. 23. de reb. dub. (34. 5.) L. 29. de vulg. subst. (28. 6.) L. 11. §. 1. de captiv. (49. 15.). Für manche Erweiterungen ist hier das angef. Archiv.

*) So ist zu erklären L. 9. pr. de reb. dub. (34. 5.) und wahrscheinlich auch das in not. b. citirte Fragment.

rechtigt, noch verpflichtet angesehen werden, es mag nun die Geistesabwesenheit mit Raserey begleitet seyn *(furiosi)*, oder nicht *(mente capti, dementes)* [d]; wiewohl in Augenblicken der wiederkehrenden Vernunft *(dilucida intervalla)* ihre Rechtsfähigkeit für diese Zeit wieder auflebt [e]. Bis zum Beweise des Gegentheils streitet für jeden die Vermuthung, daſs er vernünftig sey [f].

§. 213.

2) Bürgerliche Rechtsfähigkeit. Die bürgerliche Rechtsfähigkeit hängt von willkührlichen Bestimmungen der Gesetze ab. Sie kann aufgehoben werden Theils absolut, Theils für gewisse Fälle. Diese letzten werden in der Folge einzeln angeführt werden. Unter die erste Rubrik würde die Lehre von den Römischen Sklaven und den *peregrinis* gehören, welche ersten fast durchaus aller, und die letztern bürgerlich Römischer Rechte unfähig gehalten wurden; daher auch der Verlust der Freyheit, *capitis deminutio maxima*, der des Bürgerrechts hingegen *capitis deminutio media* genannt wird [g]. Da wir aber keine Sklaven mehr haben, und unsre Deutsche Verfassung über Leibeigenschaft und Bürgerrecht von ganz andrer Natur ist: so muſs bey dem Pandektenvortrage das, was die Verfassung der Römer betrifft, der Rechtsgeschichte, das Uebrige dem Deutschen Recht überlassen werden.

§. 214.

II) Mehrere Rechte Einer Person. Mehrere können Subjecte Eines Rechts und Einer Verbindlichkeit seyn, so wie umgekehrt Einer mehrere Rechte haben, und mehrfach verpflichtet seyn kann [h]. In Beziehung auf den letzten Fall bedarf es hier nur noch der Bemerkung, daſs, wenn mehrere Rechte und Verbindlichkeiten in Einem Subject zusammentreffen, und nicht nach dem

d) §. 3. 4. I. de curator. (1. 23.) L. 6. de curat. furios. (27. 10.) L. 2. de inoff. test. (5. 2.). I. A. Frommann de iure furiosor. singular. Tüb. 1655. Stryk de dementia et melancholia.

e) §. 1. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.) L. 17. eod. (28. 1.) L. 9. C. eod. (6. 22.).

f) C. Thomasius D. de praesumtione furor. et dementiae. (Diss. acad. T. 4.). G. L. Crell de probatt. sanae mentis. (Diss. Fasc. 5. n. 31.).

g) Tit. I. de cap. demin. (1. 16.).

h) I. N. Hert de uno homine plures sustinente personas. Giess. 1699. (in op. Vol. 1. T. 3. p. 27. fgg.).

Obigen (§. 117.) dadurch erlöschen, ein jedes der Rechte vollständig ausgeübt, und die Erfüllung jeder Verbindlichkeit vollständig verlangt werden kann i); daſs ferner, wenn nur Eines der Rechte ausgeübt werden kann, im Zweifel dem Berechtigten die Wahl zusteht k); und endlich daſs Alles, was er in der einen Rücksicht thut, in der andern Rücksicht ohne Nachtheil für ihn ist l).

§. 215.

III) Mehrere Subjecte Eines Rechts.
1) Communio.

Wenn Mehreren ein ungetheiltes Recht zusteht, oder mehrere Personen Subject Einer Verbindlichkeit sind, so ist es Regel: jeder Berechtigte hat einen verhältniſsmäſsigen, im Zweifel gleichen Antheil am Ganzen, und jeder Verpflichtete kann nur auf einen solchen Theil belangt werden m). Steht mehreren ein ungetheiltes Recht zu, welches nicht, wie eine generische Geldfoderung n), durch sich selbst getheilt ist; so nennt man dieſs eine Gemeinschaft (*communio*). Diese hat denn zur Folge, daſs einem jeden der Berechtigten ein idealer gleicher oder ungleicher Antheil am Ganzen zusteht, und daſs das Recht desselben sich theilweise über alle Theile des Gegenstandes der Gemeinschaft (*pro indiviso*) erstreckt o). Ist die Gemeinschaft ein dingliches Recht, so nennt man sie im Allgemeinen *condominium*.

§. 216.

Fortsetzung.

Eine Gemeinschaft kann sich nur auf einzelne, oder auf die gesammten Rechte verschiedener Personen beziehen p). In jenem Fall nennt man sie eine particulaire, in diesem eine universelle. Wird sie nicht durch einen Vertrag errichtet, sondern entsteht

i) Koch success. ab intest. Auct. III. §. 1.

k) L. 12. pr. de legat. I. (30.). Hert l. c. Sect. 1. §. 3. 5. Mevius P. 1. Dec. 291.

l) §. 4. I. de inoffic. testam. (2. 18.) L. 26. C. de administr. tut. (5. 37.).

m) L. 29. pr. pro socio (17. 2.) L. 11. §. 1. de duob. reis (45. 2.). Schmidt de praestatione ratae. Rostoch. 1741. G. L. Crell de praesumt. aequalitatis in iudic. divisor. (Diss. T. IV. n. 12.).

n) L. 2. §. 5. L. 4. pr. L. 25. §. 1. fam. hercisc. (10. 2.).

o) L. 16. pr. l. c. L. 19. si servit. vindic. (8. 5.) L. 6. §. 8. commun. divid. (10. 3.) L. 3. §. 2. qui pot. in pignor. (20. 4.) L. 7. §. 4. quib. mod. pign. solvit. (20. 6.).

p) L. 5. pr. P. pro socio (17. 2.).

sie auf andre Weise q): so pflegt man ihr den Namen *communio incidens* zu geben r).

§. 217.

Fortsetzung.

Wer in einer Gemeinschaft steht, kann über seinen Antheil, so weit diefs, z. B. durch Veräufserung, unbeschadet des Rechts der übrigen Mitberechtigten geschehen kann, frey verfügen s), und, aller entgegenstehenden vertragsmäfsigen, und anderen Verfügungen ungeachtet, die Aufhebung derselben verlangen t). Jede weitere Verfügung, jeder Eingriff in die Rechte der Andern ist, insofern als er diefs ist, verboten, und nichtig u), wenn nicht entweder zur Erhaltung des Gegenstandes, worauf sich das Recht bezieht, eine solche einseitige Handlung nothwendig x), oder den übrigen durchaus unschädlich seyn sollte y). Selbst die Majorität der Stimmen bindet den einzelnen Widersprechenden nicht, vielmehr dieser, als solcher, den Willen aller Andern z).

§. 218.

a) Rechte einer Gemeinheit.

Man mufs sich wohl vorsehen, mit diesen gemeinschaftlichen Rechten die Rechte einer Gemeinheit (Gesammtrechte, Gesammteigenthum) zu vermengen. Die Grundsätze darüber gehören eigentlich in die Lehre von den Rechten einzelner Personen; allein um sie durch Entgegenstellen zu schärfen, ist es zweckmäfsiger, an diesem Orte davon zu handeln.

§. 219.

Begriff der Gemeinheit.

Eine jede zu einem immerwährenden Zweck verbundene Mehrheit von Personen

q) z. B. L. 31. 32. l. c. §. 27. I. de rer. divis. (2. 1.).

r) I. F. Kayser de commun. incidente. Giess. 1719.

s) L. 1. L. 3. C. comm. div. (3. 37.) L. 68. pr. pro soc. (17. 2.) L. 28. comm. div. (10. 3.).

t) L. 14. §. 2. comm. divid. (10. 3.) L. 59. pro soc. (17. 2.). Der Fiscus kann diese Aufhebung durch Verkauf der Sache selbst vornehmen, L. un. C. de vend. rer. fisc. (10. 4.). Gesterding v. Eigenthum S. 53. 54.

u) L. 2. de servitut. (8. 1.) L. 1. 4. C. commun. rer. alienat. (4. 52.).

x) L. 52. §. 10. pro soc. (17. 2.) L. 4. C. de aedific. privat. (8. 10.). A. Beier de restaurat. dom. ruinos. commun. Ien. 1677.

y) L. 13. §. 1. de S. P. U. (8. 2.). Leyser Sp. 118. m. 1. C. 1. vergl. mit Wernher lect. comm. L. 10. T. 3. §. 7.

z) L. 28. comm. divid. (10. 3.) L. 10. pr. de aqua et aqu. pluv. arc. (39. 3.). Struben 5. B. 30. Bed. Pufendorf T. 1. Obs. 125.

heifst Gemeinheit *(universitas, collegium)* *). Soll eine solche im Staat als erlaubt angesehen werden *(collegium licitum)*, so mufs sie das Recht, sich zu constituiren, vom Regenten auswirken a), worauf sie neue Glieder im Zweifel nach Willkühr aufnehmen kann, nur nicht, wenigstens nach den Gesetzen, das Mitglied einer andern Gemeinheit b). Bey Errichtung derselben müssen nicht unter drey Personen da seyn; doch kann sie nachher durch Eine fortgesetzt werden c), und so allmählig ihre Glieder durchaus vertauschen, ohne dadurch eine andre Person zu werden d). Jetzt nennt man gewöhnlich die, zu öffentlichen Zwecken vom Staat bestellten Gemeinheiten *Collegia*, und diese, sofern aus mehreren derselben wieder ein Ganzes gebildet ist, *Corpus* e).

§. 220.

Gemeinde-gewalt.

Wenn eine Gemeinheit auf gehörige Weise, d. h. nachdem alle Glieder auf die herkömmliche Art berufen, von den Berufenen wenigstens zwey Drittheile erschienen, und diese durch Mehrheit der Stimmen über etwas übereingekommen sind f): so begründet dieser Schlufs der Majorität ein Gesetz in allen Gemeindesachen, welches die sämmtlichen Glieder anerkennen müssen g). Personen, welche unter Vormündern stehen, müssen, nach der Meynung Vieler, mit die-

*) Der Charakter des Immerwährenden findet sich wenigstens überall bey Universitatibus. Andre Ideen haben C. S. Zachariae quaestion. liber. Viteb. 1805. p. 61. Wening C. R. 1. B. §. 100.

a) L. 1. pr. §. 1. L. 3. §. 1. de colleg. et corp. (47. 22.) L. 1. pr. quod cuiuscunque univ. nom. (3. 4.) cap. 7. x. de privil. (5. 33.). Heineccius D. de colleg. et corpor. opificum (op. var. syllog.). Wassenaer ad Tit. D. de colleg. et corpor. (in Fellenberg iurispr. R. T. 1.).

b) L. 1. §. 2. de colleg. (47. 22.) L. 10. C. de assessor. (1. 51.) cap. 5. x. de praebend. (3. 5.) cap. 3. x. de cleric. non resident. (3. 4.). Leyser Sp. 559. m. 4. Schilter Ex. 49. §. 54. A. M. ist Wening C. R. wegen L. 27. §. 1. ad municip. (50. 1.).

c) L. 7. §. ult. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.) L. 85. de V. S. (50. 16.).

d) L. 76. de iudic. (5. 1.).

e) Stryk U. M. L. 47. T. 22. §. 1.

f) L. 19. ad municipal. (50. 1.) L. 5. C. de legat. (10. 63.) L. 2. C. de decurion. (10. 31.) L. 3. de decret. ab ord. fac. (50. 9.).

g) L. 5. C. de legat. (10. 63.) L. 46. C. de Decurion. (10. 31.) L. 2. 3. C. de praed. decurion. (10. 33.) L. 19. de tutor. et curat. dat. (26. 5.) L. 160. §. 1. de R. I. (50. 17.) L. 19. ad municip. (50. 1.). A. M. sind Mackeldey Inst. 7. Aufl. §. 143. Wening C. R. 1. B. §. 102.

sen berufen werden h). Es bedarf indeſs keiner Berufung Aller, wenn gewissen Personen die Besorgung der Gemeindeangelegenheiten übertragen ist i), so wie jeder Einzelne seine Einwilligung geben muſs, wenn die, demselben als solchem gehörenden Rechte beschränkt werden sollen k). Bey Collegien wird jetzt häufig nicht darauf gesehen, ob zwey Drittheile erscheinen l).

§. 221.

Rechtsverhältnisse in Gemeinheiten.

Die Rechtsverhältnisse einer Gemeinheit und deren Glieder bestehen in Folgendem: I) eine Gemeinheit ist, als mystische Person, fähig, ein actives und passives Vermögen zu erwerben m), und kann selbst durch Verbrechen verpflichtet werden n), wobey man jedoch nur die, gegen eine moralische Person denkbaren Strafen gestatten darf. II) Da das Subject der Rechte und Verbindlichkeiten einer Gemeinheit durch den Willen der Majorität gebildet wird, so folgt daraus der, für viele Lehren o), äuſserst wichtige Satz, daſs das einzelne Gemeindeglied weder an den Rechten, noch an den Verbindlichkeiten der Gemeinde *pro rata* einen Antheil hat p), also auch nicht eine theilweise Benutzung

h) Stryk U. M. P. L. 3. T. 4. §. 10. Wesenbeccius comm. eod. Tit. n. 5.

i) Riccius v. Stadtges. 2. B. 6. Hpst. §. 3.

k) L. 5. in fin. C. de auctor. praestand. (5. 59.) L. 28. comm. divid. (10. 3.) cap. 29. 56. de R. I. in 6. (Lib. 5.).

l) Mevius ad ius Lubec. L. 1. T. 1. Art. 2. n. 26. 27. Müller ad Leyser Obs. 938.

m) L. 7. pr. L. 9. quod cuiuscunque univ. nom. (3. 4.).

n) L. 9. §. 1. quod met. causs. (4. 2.) Auth. Item nulla commun. Auth. Item quaecunque commun. C. de episc. et cleric. (1. 3.). Die Ideen sind hier verschieden. C. I. F. Meister princ. iur. cr. §. 45. Grolman Bibl. d. P. R. 2. Thl. 1. St. S. 431. 432. Malblanc obs. quaedam ad delicta univ. (op. iur. cr. n. 1.). C. F. F. Sintenis de delictis et poenis universitatum. Servestae 1825.

o) Vergl. Hommel Rhaps. Obs. 187. Hartleben med. ad P. Sp. 3. m. 2. Müller ad Leyser Obs. 40. Carpzov P. 2. C. 6. Def. 24. I. G. Bauer civis novus ad collect. ob debitum civit. antiquum obligatus. Lips. 1741. (opusc. T. 1. n. 10.). Leyser Sp. 131. m. 5. Mevius P. 8. Dec. 275. W. A. Lauterbach de confusione. §. 36. Carpzov P. 1. C. 13. Def. 9. Idem Resp. L. 2. n. 65. Kind quaest. for. T. 3. n. 29. Gönner jurist. Abh. 2. Thl. n. 13. §. 1. Besonders I. L. Gaudlitz de finibus inter ius singulorum et universitatis regundis. Lips. 1804.

p) L. 6. §. 1. de rer. div. (1. 8.) L. 7. §. 1. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.) L. 10. §. 4. de in ius voc. (2. 4.) L. 1. §. 15. ad SCt. Treb. (36. 1.) L. 1. §. 6. 7. de quaestion. (48. 18.).

der Gemeindesachen ohne besondere Verwilligung verlangen kann. Ist das Letzte der Fall, so nennt man eine, von allen benutzte Gemeindesache *res universitatis s. str.*; wenn hingegen daran keine gemeinschaftliche Benutzung stattfindet, *patrimonium universitatis* q). III) Eine Gemeinde kann, unter Vorbehalt der Oberaufsicht des Regenten r), über die, nicht unter Beschränkungen von ihr erworbenen Güter frey verfügen, also auch unter ihre Glieder vertheilen s). Eine solche Theilung kann durch die Majorität beschlossen werden. Auch die Art der Theilung ist zunächst davon abhängig. Will aber die Majorität nichts darüber bestimmen, so sind, unbeschadet der erworbenen Nutzungsrechte Einzelner t), im Zweifel Kopftheile zu machen u). Da nach aufgehobener *Universitas* kein Theilungsbeschlufs mehr möglich ist, so sind dann die ungetheilt gebliebenen Güter als *bona vacantia* zu behandeln *). IV) Eine Gemeinde kann ein Gemeindesiegel haben x), und V) allgemein in Rücksicht der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Ansprüche auf die Rechte der Minderjährigen machen y). Endlich ist VI) jedes Mitglied verpflichtet, die Ehrenämter *(honores)*, und sonstigen persönlichen oder pecuniären, oder aus beiden gemischten Lasten *(munera, personalia, realia, mixta)* der Gemeinheit zu übernehmen und zu tragen z), sofern es da-

q) Höpfner Comm. §. 275. Schoepf de bonis universitatum. Tub. 1740.

r) S. Stryk de alienat. rer. et bonor. univ. Idem de iure principis circa rationes civitat. (in Diss. collect.). Leyser Spec. 664. G. L. Boehmer de iure principis circa loca et opera publica (elect. i. c. T. 1.).

s) L. 4. de colleg. et corp. (47. 22.) L. 5. de decret. ab ord. fac. (50. 9.) Tit. C. de praed. decur. (10. 33.).

t) S. den vorigen §. und auch noch v. Ende jurist. Abh. n. 10.

u) Jenaische A. L. Z. v. J. 1804. Nr. 241. Meine civil. Abh. S. 381—403. Abweichend sind: Runde Beytr. zur Erl. rechtl. Gegenst. 1. B. n. 1. Krüll Prüf. einz. Theile des bürg. R. 2. B. n. 1. Gönner über Cultur und Vertheilung der Gemeindeweiden. Landsh. 1803. Gaudlitz l. c. 3. 4.

*) Leyser Spec. 559. M. 12. 13. Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. 2. 3. Hft. S. 207—214. A. M. ist Müller ad Leyser Obs. 888. wegen L. 3. pr. de colleg. et corp. (47. 22.).

x) I. H. Boehmer de iure et auctor. sigilli authentici. Hal. 1742. M. D. Grollmann de eo quod iust. est circa sigill. univers. Giess. 1711. u. Lips. 1750.

y) S. unten §. 1009.

z) L. 9. L. 14. pr. §. 1. L. 18. de mun. et honor. (50. 4.) L. 18. L. 214. L. 239. §. 3. de V. S. (50. 16.).

zu fähig ist [a]), keinen besondern Entschuldigungsgrund hat, oder nicht vom Regenten eine Befreyung *(immunitas, vacatio)* erhielt [b]).

§. 222.

Gemeindevorsteher. Deren Pflichten.

Eine Gemeinheit kann entweder ihre Geschäfte selbst besorgen, oder dieselben durch Vorsteher *(actores, syndicos, administratores)* besorgen lassen [c]). Im letzten Fall nennt man sie *universitas ordinata*. Die Pflicht solcher Vorsteher besteht darin, daſs sie, nach geleisteter Caution [d]), ihr Amt übernehmen, dasselbe mit gehörigem Fleiſs, wie es Vormündern gebührt, ausführen [e]), ihre Rechnungen förmlich ablegen, und gegen die, ihnen zur gehörigen Zeit gemachten Erinnerungen verantworten [f]). Haben sie dem Auftrage gemäſs gehandelt, so verpflichten sie die Gemeinheit durch ihre Geschäfte, sonst aber nur insofern, als eine Nutzanwendung zum Besten der Gemeinheit erwiesen werden kann [g]).

§. 223.

Pflichten mehrerer Vorsteher.

Werden von Administratoren einer Gemeinheit Versehen begangen, so ist in Ansehung der Verantwortlichkeit zu unterscheiden: I) der Fehlende handelte da, wo er vermöge eines

a) L. 6. pr. §. 1. L. 11. L. 14. §. 3. de mun. et honor. (50. 4.).

b) Tit. P. de vacat. et excusat. mun. (50. 5.) Tit. P. de iure immun. (50. 6.) Codex L. 10. Tit. 25. 44—52. 64. Malblanc princ. iur. Rom. §. 107. 108.

c) L. 1. §. 1. quod cuiusc. univ. nom. (3. 4.) L. 18. §. 13. de mun. et hon. (50. 4.). M. A. Engel de syndicatu et eius valida renunciatione. Lips. 1797.

d) L. 3. §. ult. de admin. rer. ad civ. pert. (50. 8.). Eine Ausnahme enthält L. 9. §. 7. eod.

e) L. 2. §. 2. L. 6. eod. Tit. C. de praed. decur. sine decret. non alien. (10. 33.). G. Schubart de administr. rer. ad civit. pertin. Ien. 1694.

f) L. 2. §. 2. L. 3. D. eod. L. 13. §. 1. de div. temp. praescr. (44. 3.). Leyser Vol. 11. Spec. 677. M. 3—8. vergl. mit Müller ad Leyser Obs. 940. 941.

g) L. 27. de reb. cred. (12. 1.) L. 6. de decret. ab ord. fac. (50. 9.) Nov. 120. c. 6. §. ult. Ueber die verschiedenen Ideen: I. V. Bechmann de civitatt. ex mutuo obligatione. Ien. 1677. T. I. Reinharth de incauto contrahente cum universitatibus. Erf. 1711. I. G. v. Boeckellen de obligat. universitat. secularis civilis ex contractu. Helmst. 1686. C. L. Crell de senatoribus et quat. ex eorum factis civitas teneatur. Vit. 1736. (Diss. F. 4. n. 26.). Leyser Sp. 131. M. 11. Müller ad Leyser Obs. 289—292. 939. Glück Comm. 12. B. §. 782.

öffentlichen Auftrages (denn ein Privat-Vertrag der Collegen ändert nichts h)) allein zu handeln befugt war, ohne der Aufsicht der Andern unterworfen zu seyn: dann haftet er allein i). War diefs aber II) nicht der Fall, so haften Alle wegen der Handlungen Aller auf das Ganze k), jedoch so, dafs der Administrirende zuvor auszuklagen l), und Mehreren, welche nicht wegen einer Arglist belangt werden, die Einrede der Theilung (§. 227.) zu gestatten m), auch derjenige ganz zu befreyen ist, welchem keine Schuld zur Last fällt n). Bey Versehen einer Magistratsperson sind auf allen Fall die, zufolge des Bisherigen, verantwortlichen Collegen erst nach den Bürgen des Administrirenden, und dessen Nominatoren o) in Anspruch zu nehmen p). Ist aber ein Collegium von andrer Art, so haften die Collegen des Administrirenden vor, oder nach den Bürgen und Nominatoren des letzten, je nachdem ihnen eine ungetheile, oder eine getheilte Administration mit demselben gegeben war q); auch haften die Bürgen und Collegen nie wegen einer Strafe desselben r). Uebrigens versteht es sich, dafs die, wider die Administratoren zu verhängende Execution nur auf deren Vermögen, nicht aber auf das Vermögen der Gemeinheit zu richten ist s), und dafs Beamte und deren Erben keineswegs für die, nach geendigtem Amte,

h) L. 2. §. 8. L. 3. de admin. rer. ad civ. pert. (50. 8.). Ueber Substitution eines Dritten s. Leyser Vol. XI. Sp. 680. M. 33.

i) L. 1. pr. de magistr. conv. (27. 8.). Leyser Vol. 11. Sp. 680. M. 8. vergl. mit Müller ad Leyser Obs. 943.

k) L. 11. pr. ad municip. (50. 1.) L. 1. C. quo quisque ord. (11. 35.).

l) L. 1. §. 9. de magistr. conv. (27. 8.) L. 1. C. quo quisque ord. (11. 35.).

m) L. 7. de magistr. conv. (27. 8.). Leyser l. c. M. 43.

n) L. 14. de admin. tut. (26. 7.) L. 9. §. 8. de admin. rer. ad civ. (50. 8.) L. 4. C. de peric. tut. (5. 38.) L. 2. C. de usur. pupillar. (5. 55.) L. 4. in f. C. quo quis ord. (11. 35.). F. C. Becker an et quat. collegium culpam ab uno alterove ex suis membris vel antecessoribus commissam praestare teneatur. §. 17. 19. 20. 23. A. M. ist I. F. Rivinus de culpa ab uno collegarum commissa a toto collegio praestanda. Lips. 1742.

o) d. h. die, welche Untüchtige in Vorschlag brachten: L. 2. C. qui pet. tut. (5. 31.) L. 1. 4. C. de magistr. conv. (5. 75.) L. un. C. de pot. ad mun. (10. 65.). Vergl. Müller ad Leyser Obs. 611.

p) L. 11. 12. 13. ad munic. (50. 1.) L. 3. 4. C. quo quisque ord. (11. 35.).

q) L. 2. C. eod.

r) L. 68. pr. de fid. et mand. (46. 1.) L. 17. §. ult. ad munic. (50. 1.).

s) Vergl. Wehrn l. c. §. 14. a. E. Müller l. c. Obs. 943. in f.

oder vor Uebernahme desselben von andern Mitgliedern begangenen Versehen zu haften brauchen t).

§. 224.

3) Correal-Verhältnisse.

Die Regel (§. 215.), dafs Rechte und Verbindlichkeiten im Zweifel nur theilweise den mehreren Subjecten zustehen und obliegen, leidet in den Fällen eine Ausnahme, wenn von mehreren Berechtigten ein jeder aus demselben Grunde auf gleiche Weise das Recht hat, das Ganze *(solidum)* zu fodern, und eben so von mehreren Verpflichteten jeder auf das Ganze belangt werden kann *). Ist diefs, so werden jene *correi credendi*, und, wenn ihr Recht durch Stipulation entstand, *correi stipulandi;* diese hingegen *correi debendi*, und, wenn sie durch Stipulation verpflichtet wurden, *correi promittendi* genannt u). Das ganze Rechtsverhältnifs jener und dieser bezeichnet man auch durch die Ausdrücke: *obligatio correalis activa* und *passiva*.

§. 225.

Fortsetzung.

Correal-Verhältnisse entstehen aus mancherley Gründen. Mit Uebergehung der in der Folge gelegentlich vorkommenden einzelnen Fälle, sind hier nur folgende Regeln auszuheben. 1) Was überhaupt Rechtsverhältnisse begründet, z. B. Verträge und Testamente, kann auch Correal-Rechte und Verbindlichkeiten erzeugen x). 2) Auch ohne besondere Gründe finden dergleichen Statt, wenn mehrere Berechtigte einen untheilbaren Gegenstand zu fodern haben, oder von mehreren Verpflichteten ein solcher gefodert werden kann y).

t) L. 1. C. de peric. nom. (11. 33.) L. 9. §. 9. de admin. rer. ad civ. pert. (50. 8.) L. 23. C. de decurion. (10. 31.).

*) L. 38. de V. O. (45. 1.) L. 9. pr. de duob. reis (45. 2.) L. 36. de fideiussor. (46. 1.).

u) Tit. I. de duob. reis stip. (3. 17.) Tit. D. eod. (45. 2.). I. Ronchegallus de duob. reis constituend. Lugd. 1559. I. A. Frommann de correali oblig. Tub. 1677. S. F. Willenberg de iure correor. (in Disp. Sab. p. 2. n. 37.). H. Becker de natur. ac indol. correal. obligat. Rost. 1759. V. Dresky de correal. obligat. Gotting. 1777.

x) L. 9. pr. h. t. (45. 2.) L. 8. §. 1. de legat. I. (30.) L. 25. pr. de legat. III. (32.).

y) L. 17. de servitut. (8. 1.) L. 23. §. 3. de S. P. R. (8. 3.) L. 28. §. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 31. §. 8. de aedil. edict. (21. 1.) L. 2. §. 2. de V. O. (45. 1.) L. 192. pr. de R. I. (50. 17.). Ein besonderes Mandat verlangt hier noch Glück Erl. d. Pand. 17. B. S. 214. 215.

Insbesondere entspringen 3) Correal-Verbindlichkeiten aus allen verbotenen Handlungen, und was denselben gleich ist. Wenn nämlich Mehrere vereint ein Verbrechen begangen haben, oder wegen eines Quasi-Delicts verantwortlich sind, so kann jeder für alle auf den ganzen Schadensersatz belangt werden [z]; doch versteht es sich, daſs das, was eigentliche Strafe ist, von jedem Einzelnen nach einander gefodert werden darf [a]).

§. 226.

Fortsetzung. Was die Wirkungen, und zwar I) der activen Correal-Obligation, welche für alle Mitgläubiger fortdauert, so lange sie durch den einen erhalten wird [b]), betrifft, so kann 1) jeder der Gläubiger den Schuldner auf das Ganze belangen, dadurch, wenn die Einlassung erfolgt, die übrigen Mitgläubiger ausschlieſsen, und, wenn die Zahlung geschieht, durch Annahme derselben den Schuldner ganz befreyen [c]). 2) Hat der Gläubiger, welcher das Ganze erhielt, sich den andern Gläubigern nicht verbindlich gemacht, das Empfangene mit ihnen zu theilen, so ist er befugt, dasselbe für sich allein zu behalten [d]). 3) Alles, was juristisch überhaupt der Zahlung gleichgesetzt wird (Acceptilation, Novation, ein, die gänzliche Ungültigkeit der Schuld erkennendes richterliches Urtheil, und Eid), hat auch hier mit derselben gleiche Wirkungen [e]). Ein bloſser Nachlaſsvertrag des einen Gläubigers schadet indeſs den übrigen Gläubigern nicht [f]), und es ist wider die Gesetze, wenn die Mehrsten [g]) annehmen, der Nachlaſsvertrag

z) L. 1. §. 10. L. 2. L. 3. de his qui effud. (9. 3.) L. 14. §. 15. L. 15. quod met. causs. (4. 2.) L. 1. C. de cond. furtiv. (4. 8.).

a) L. 11. §. 2. 4. L. 51. §. 1. 2. ad L. Aquil. (9. 2.). Noodt ad L. Aquil. cap. 10.

b) L. ult. C. h. t. (8. 40.).

c) §. 1. I. h. t. (3. 17.) L. 9. de V. O. (45. 1.) L. 2. L. 16. h. t. (45. 2.) L. 57. §. 1. de solut. (46. 3.).

d) L. 62. pr. ad L. Falcid. (35. 2.). Voet L. 45. Tit. 2. §. 7. Ohne allen Grund behauptet das Gegentheil Hellfeld I. F. §. 1906.

e) L. 2. h. t. (45. 2.) L. 31. §. 1. de novat. (46. 2.) L. 16. pr. de acceptilat. (46. 4.) L. 27. 28. pr. de iureiur. (12. 2.). Lauterbach colleg. L. 45. T. 2. §. 16. 29. Sammlung der Römischen Gesetze. Frkf. 1785. S. 52. 53. G. L. Hübel D. reus stipulandi num paciscendo et novando correo noceat. Lips. 1822.

f) L. 27. pr. de pact. (2. 14.) L. 34. pr. de recept. (4. 8.). Cuiac ad L. 27. pr. de pact.

g) Vergl. Glück Comm. §. 339. not. 70. und Sammlung der Röm. Gesetze S. 52. not. a.

des einen schade den andern insoweit, daſs sie das, was sie jenem nach eingehobener Schuld *pro rata* geben müssen, vom Schuldner nicht einklagen können. Nur bey der *confusio* gilt eine solche Beschränkung *). In Betreff der Compensation dagegen muſs man sagen: die, gegen den einen Mitgläubiger bereits durchgesetzte Compensation gilt gegen den andern ganz als Zahlung; sonst aber kann ihm die bloſse Compensabilität gar nicht entgegengesetzt werden **).

§. 227.

Fortsetzung. II) Die Wirkungen der passiven Correal-Obligation sind folgende: 1) jeder der Schuldner kann, sofern der Gläubiger sich nicht seines Rechts begab h), auf das Ganze oder auf einen Theil belangt werden, selbst wenn die Verbindlichkeit in der Person des andern Mitschuldners aufgehört hat i); auch ist die Anstellung der Klage jetzt dem Gläubiger in Rücksicht der übrigen Schuldner ohne Nachtheil k). Zahlt indeſs der eine das Ganze, so werden die übrigen befreyt l); auch hat, nach einer herrschenden, nicht durch das, dafür angerufene Gesetz m) unterstützten Praxis n) der, auf das Ganze belangte Schuldner, Kaufleute abgerechnet o), wenn seine Verbindlichkeit nicht aus einem Verbrechen entstand, und die übrigen Mitschuldner ohne Mühe ausgeklagt werden können, die Einrede der Theilung *(exceptio divisionis)* dahin, daſs er die Ausklagung der übrigen auf ihre *rata* verlangen kann, sofern er der Einrede nicht entsagte. Keineswegs aber kann er durch die Einrede der Vorausklage *(exc. ordinis, excussionis)* den Gläubiger ganz an seinen Mitschuldner ver-

*) arg. L. 71. pr. de fideiuss. (46. 1.).

**) L. 4. qui pot. in pign. (20. 4.). Ueber abweichende Ideen Andrer s. Glück a. a. O. not. 75.

h) Dahin kann auch der Fall gehören, wenn er jeden der Schuldner auf seine rata belangt. L. 8. §. 1. de leg. I. (30.) L. 51. §. 4. de fideiuss. et mand. (46. 1.) L. 18. C. de pact. (2. 3.) L. 16. C. de fideiussor. (8. 41.). Glück Comm. §. 339. Lauterbach coll. L. 45. T. 2. §. 21. v. Bülow Abh. 2 Thl. nr. 18.

i) L. ult. h. t. (45. 2.). Lauterbach l. c. §. 25.

k) L. 3. de his qui effuder. (9. 3.) L. 47. §. 3. de pecul. (15. 1.) L. 51. §. 4. de evict. (21. 2.) vergl. mit L. 28. C. de fideiussor. (8. 41.).

l) L. 1. §. 43. deposit. (16. 3.).

m) Nov. 99. soll es seyn.

n) Vergl. Glück a. a. O. not. 86. 87. 88. Gegen diese Praxis s. G. Asverus Spec. ad Nov. 99. Ien. 1822.

o) Lauterbach l. c. §. 23.

weisen, wenn es ihm nicht die Gesetze besonders gestatten, wohin Viele auch den Fall zählen, wenn der andre allein empfing, was die Schuld begründet p). 2) Hat der eine *correus debendi* bezahlt, so kann er die andern nach der richtigern Meynung in der Regel nicht auf Entschädigung belangen, wenn diese sich ihm nicht dazu verpflichteten, oder er es versäumte, sich die Klagen des Gläubigers abtreten zu lassen q). Die, welche Mitschuldnern die Einrede der Theilung zugestehen, sollten indeſs von jener Regel offenbar die Ausnahme machen, daſs der Regreſs dann stattfinde, wenn der Zahlende in der Lage war, jene Einrede wirksam vorschützen zu können, und es, um dem andern zu nutzen, nicht that. 3) Durch das, was der Zahlung gleich ist, geschieht ebenfalls eine Befreyung der übrigen Schuldner r), nicht aber durch einen bloſsen Nachlaſsvertrag des einen; doch werden sie dadurch, wenn der Vertrag nicht namentlich für die Person der Paciscenten geschlossen war, gegen den Gläubiger *ope exceptionis* gedeckt, wenn sie einen Regreſs gegen den Paciscenten haben, sofern sie zahlen s). Dagegen werden nur bis auf den Gesellschaftstheil des andern die übrigen Mitschuldner befreyet, wenn der Gläubiger Nachfolger eines Schuldners wird t), oder wenn ein Mitschuldner compensiren kann *). 4) Die Strafen des Verzugs des einen Schuldners schaden den andern nicht u), wohl aber wirkt es auch auf die andern, wenn die Schuld durch den einen erhalten wird x).

§. 228.

IV) Verschiedenheiten der Personen.

Die Subjecte des Rechts sind nach ihren natürlichen Eigenschaften sehr verschieden. Nicht alle Eigenschaften der Menschen kön-

p) Lauterbach l. c. §. 20.

q) L. 39. de fideiussor. (46. 1.) L. 76. de solut. (46. 3.) L. 2. C. h. t. (8. 40.). Faber coniect. L. 11. c. 6. Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 6.

r) L. 3. §. 3. de liberat. legat. (34. 3.). S. auch den vorigen §. not. e. Die durchgesetzte Compensation gilt auch als Zahlung. L. 4. qui pot. in pign. (20. 4.).

s) L. 21. §. ult. L. 23. in fin. L. 24. L. 25. pr. de pact. (2. 14.) L. 62. pr. ad leg. Falc. (35. 2.) L. 34. de recept. (4. 8.) L. 3. §. 3. de liberat. legat. (34. 3.) vergl. mit L. 9. §. 1. de duob. reis (45. 2.). Faber coniectur. L. 11. c. 18. Vinnius a. a. O.

t) L. 71. pr. de fideiussor. (46. 1.). Lauterbach Diss. de confusione. §. 49.

*) L. 10. de duob. reis (45. 2.).

u) L. 32. §. 4. de usur. (22. 1.) L. 173. §. 2. de R. I. (50. 17.).

x) L. 18. h. t. (45. 2.) L. ult. C. eod. (8. 40.). Lauterbach coll. eod. §. 30.

nen aber den Juristen interessiren, sondern nur die, welche rechtliche Folgen nach sich ziehen, und zwar entweder die Rechtsfähigkeit eines Subjects begründen, oder auf die Verschiedenheit der Rechte Einflufs haben (*status naturalis*). Von den ersten ist schon oben (§. 118—121.) gehandelt; es werden hier also nur noch die letzten zu erörtern seyn.

§. 229.

1) In Betreff des Geschlechts.

In Rücksicht des Geschlechts sind die Menschen entweder Männer, oder Weiber, oder beides zugleich. Im letzten Fall heifsen sie Zwitter (*hermaphroditi*) y). Bey einem solchen können, denkbarer Weise, entweder die Geschlechtstheile völlig gleich seyn (vollkommener Zwitter), oder die Theile des einen Geschlechts die des andern überwiegen (Mannszwitter, Weibszwitter). Die Gesetze halten nur das Letzte für möglich, und geben dem Zwitter die Rechte des Geschlechts, zu welchem sich sein Körper vorzüglich hinneigt z). Sollten neuere Erfahrungen die Möglichkeit des ersten bestätigen, so würde juristisch die gemeine Behauptung a), dafs ein solcher Zwitter sich für Ein Geschlecht entscheiden müsse, noch immer sehr problematisch seyn, so wie die zweyte: ob man dem Zwitter nicht wenigstens eine Aenderung der Wahl gestatten dürfe b)?

§. 230.

Fortsetzung.

Im Zweifel sind die Rechte beider Geschlechter gleich c). Die Ausnahmen hievon d) sind in der Folge einzeln anzuführen. Nur das ist hier noch zu bemerken, dafs, wenn die Gesetze im *masculino* sprechen, das *femininum* in der Regel mit darunter begriffen ist e), nicht aber umgekehrt f).

y) C. Bauchinus de hermaphrod. monstrosorumque part. natura. Oppenh. 1614. I. H. Felz de iure androgynorum. Arg. 1717. Haller gerichtl. Arzw. 1. Thl. 14. Cap. P. F. Monet de iure circa hermaphrod. Arg. 1788.

z) L. 10. de stat. hom. (1. 5.).

a) Stryk de iure sens. D. 1. c. 1. §. 62.

b) Vergl. z. B. Cocceii I. C. L. 1. T. 5. qu. 3.

c) L. 9. de stat. hom. (1. 5.).

d) Vergl. B. Carpzov de iurib. feminar. singular. I. V. Bechmann de privileg. mulier. Lips. 1712. Ien. 1720. T. G. G. Emminghaus de praecip. feminar. in german. iurib. Ien. 1751. Quistorp kl. Schrift. n. 3. E. L. E. Röslin v. d. besondern weibl. Rechten 2. B. 4. Mannh. 1775. 1779.

e) L. 62. de leg. III. (32.) L. 1. 84. 116. 122. 163. §. 1. 172. 195. pr. 201. de V. S. (50. 16.).

f) L. 45. pr. de leg. II. (31.)

§. 231.

2) des Alters. Die Verschiedenheit des Alters g) erzeugt gleichfalls mancherley rechtliche Folgen (§. 530.). In dieser Rücksicht sind die Menschen entweder volljährig (*maiores*), oder minderjährig (*minores*), je nachdem sie nämlich das 25ste Lebensjahr vollendet haben, oder nicht h). Die Minderjährigkeit hat mehrere Stufen. So lange nämlich Knaben das 14te und Mädchens das 12te Jahr noch nicht vollendet haben, heifsen sie unmündig (*impuberes*) i), und der Zeitraum der Unmündigkeit wird *prima*, oder *pupillaris aetas* genannt k); nach Vollendung jener Zeit nennt man sie mündig (*puberes*, oder *minores* im engeren Sinn, oder *adolescentes*) l). Bis zur Vollendung des 7ten Jahres heifsen Unmündige: Kinder (*infantes*), nachher *infantia maiores* m). Die letzten werden in den Gesetzen in *infantiae* und *pubertati proximos* eingetheilt. Der Sinn dieser Eintheilung ist wahrscheinlich der, dafs man die Jahre zwischen Kindheit und Mündigkeit in zwey gleiche Hälften theilen müsse, und darf nicht in der, nach den Subjecten sehr verschiedenen moralischen Fähigkeit, ein Verbrechen zu begehen, gesucht werden n). Zuweilen verlangen die Gesetze beym männlichen Geschlecht die Vollendung des 18ten, beym weiblichen die Vollen-

L. 81. pr. de leg. III. (32.). Hartleben med. Sp. 17. M. 3.

g) G. L. Crell D. ius. aetatis (Diss. F. 1. n. 4.). H. Moller de eo quod iustum est circa varias hominum aetates. Trai. ad R. 1732. u. Helmst. 1744. W. G. Ploucquet vom menschlichen Alter u. den davon abhangenden Rechten. Tüb. 1779.

h) L. 1. de minor. (4. 4.).

i) L. ult. C. quando tutor. vel curat. esse desin. (5. 60.) pr. I. quib. mod. tutel. finit. (1. 22.). A. W. Cramer de pubertatis termino ex disciplina Romanorum. Kil. 1804.

k) L. 3. C. de praescr. 30 ann. (7. 39.) L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Manche, wie z. B. Voet L. 2. T. 15. §. 4. verstehen den Ausdruck prima aetas von der Minderjährigkeit; allein s. L. 30. C. de episcop. audient. (1. 4.) L. 10. C. de impub. et alior. substit. (6. 26.). Hombergk D. de bonis adventit. §. 11—13.

l) pr. I. quib. mod. tut. finit. (1. 22.) L. 3. §. 11. L. 49. de minor. (4. 4.).

m) L. 1. §. 2. de adm. tut. (26. 7.) L. 18. pr. §. 4. C. de iure delib. (6. 30.). A. M. ist Unterholzner in Savigny Zeitschr. 1. B. 1. Hft. nr. 3. Allein s. Heidelb. Jahrb. 1815. S. 670—683.

n) §. 9. 10. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 5. §. 2. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 23. de furt. (47. 2.) L. 12. ad L. Corn. de sicar. (48. 8.) L. 209. de V. S. (50. 16.). Archiv für civilist. Praxis. 4. B. 2. Hft. nr. 18. S. auch unten §. 530. nr. II.

dung des 14ten Jahres o). Dieſs nennt man die volle Mündigkeit *(pubertas plena)*, und im Gegensatz davon die eigentliche Mündigkeit die unvollkommene *(pubertas minus plena)*. Die, in der Regel vonöffentlichen Aemtern befreyende *Senectus* beginnt mit vollendeten 70 Jahren *).

§. 232.

g) der Gesundheit.

In Rücksicht der Vollkommenheit der natürlichen Anlagen sind die Menschen entweder vollkommen, oder unvollkommen. Ist die Unvollkommenheit unheilbar, so heiſst sie ein Fehler *(vitium)*; ist die Heilbarkeit nach allgemeinen Gesetzen möglich, eine Krankheit *(morbus)*, und zwar im letzten Fall, wenn sie die Vollführung eines Geschäfts unmöglich macht, *morbus sonticus* p). In beiden Fällen kann die Unvollkommenheit in den geistigen, oder körperlichen Eigenschaften liegen. Ueber jene ist schon oben (§. 212.) das Nöthige erinnert. Was die letzte betrifft, so kommt hier besonders nur die Unfähigkeit, sich fortzupflanzen, in Betracht. Diese kann nicht bloſs bey dem männlichen Geschlechte stattfinden, sondern auch bey dem weiblichen (z. B. *arctitudo absoluta*). Ist ein Mann zeugungsunfähig, so heiſst er im Allgemeinen Spado. Im engeren Verstande unterscheidet man aber von Spadonen die Castraten, d. h. die, denen durch Ausschneiden die Zeugungstheile genommen sind, und dann begreift der Ausdruck *spado* alle andern Unvermögenden, sie mögen es auf immer seyn, oder nicht, und im ersten Fall durch äuſsere Zufälle und Verletzungen die Zeugungsfähigkeit verloren haben *(thlibiae, thlasiae)*, oder unvermögend geboren, oder durch Krankheit geworden seyn q).

o) §. 4. I. de adopt. (1. 11.) L. 40. §. 1. eod. (1. 7.) L. 14. §. 1. de aliment. legat. (34. 1.). Dirksen Beyträge S. 289—291.

*) §. 13. I. de excus. (1. 25.) L. 2. pr. eod. (27. 1.) L. 3. de iure immun. (50. 6.) L. un. C. qui aetate (5. 68.) L. 10. C. de decurion. (10. 31.). Nicht entgegen ist L. 3. C. qui aetat. vel prof. (10. 49.). Archiv für civ. Prax. 8. B. 1. Hft. nr. 2. Gleichdenkend ist nun auch Mackeldey Inst. 7. Aufl. §. 126.

p) L. 101. §. 2. L. 113. de V. S. (50. 16.).

q) L. 128. de V. S. (50. 16.) L. 6. §. ult. L. 7. de aedil. edict. (21. 1.) L. 39. §. ult. de iure dot. (23. 3.). I. P. Slevogt de spadonibus. Ien. 1690. Merill Obs. L. 1. c. 25. Kirchmaier op. de latinitat. vet. ICtor. Ed. Madihn p. 242—44.

§. 233.

4) der Verwandtschaft. Besonders wichtig sind die verwandtschaftlichen Verhältnisse. Im Allgemeinen heifst **Verwandter** oder **Blutsfreund** *(cognatus)* ein Jeder, welcher mit einem Andern durch Einheit des Bluts verbunden ist r). Wird die Einheit des Bluts blofs durch Zeugung im engeren Sinn, d. h. durch Männer begründet, so heifsen die Verwandten **Agnaten** (Schwertmagen); beruht sie hingegen auch nur in einiger Hinsicht allein auf dem Geborenseyn von einem Weibe, so heifsen die Verwandten insofern **Cognaten** (Spilmagen); wenn aber beides eintrit, **Agnaten und Cognaten zugleich** s).

§. 234.

Arten der Verwandtschaft. Wahre Verwandtschaft erfodert Einheit des Bluts. Es gibt jedoch Fälle, da die bürgerlichen Gesetze gewisse Personen, welche keine wahre Verwandte sind, eben so behandeln, als ob sie es wären. Wenn nämlich ein Mann Jemanden vollkommen an Kindes Statt annimt, so wird dieser, so lange diefs Verhältnifs dauert, als Agnat (im gleich folgenden Sinn der Römer) der Agnaten seines Adoptiv-Vaters angesehen t), und eben so bewirken die Taufe und Firmelung bey den Katholiken, nicht aber bey den Protestanten u), eine sogenannte geistliche Verwandtschaft *(cognatio spiritualis)* x). Die Verwandten sind hienach theils **bürgerliche**, theils **natürliche**. Ist die Verwandtschaft der letzten aus keiner nach den Gesetzen rechtsbeständigen Ehe entstanden, so heifsen sie **natürliche Verwandte im engeren Sinn**; im entgegengesetzten Fall **natürliche und bürgerliche zugleich**. In beiden Fällen können die Verwandten Agnaten, oder Cognaten,

r) pr. I. de grad. cogn. (3. 6.) L. 1. pr. L. 4. §. 1. 2. de grad. et affin. (38. 10.). S. überh. Glück Erl. d. Pand. 23. B. §. 1209. fgg.

s) pr. I. de legit. agn. succ. (3. 2.) pr. I. de SCto Tert. (3. 3.) pr. I. de SCto Orphit. (3. 4.) L. 10. §. 1. 2. 3. de grad. et affin. (38. 10.). Gaius L. 1. §. 156. Ulp. Fr. Tit. XI. §. 4. Auf die Begriffe von potestas sucht hier alles zurückzuführen: I. F. Deiters de civili cognatione et familiari nexu ex iure Romano et Germanico. Bonn 1825.

t) L. 4. §. 2. l. c. L. 23. de adopt. (1. 7.) L. 2. §. 3. de suis et legit. (38. 16.).

u) Brouwer de iure connub. L. 2. c. 8.

x) C. 1. c. 30. qu. 3. 4. cap. 1. 6. 7. X. de cognat. spirit. (4. 11.) cap. 1. 2. 3. eod. in 6. (4. 3.).

oder beides zugleich seyn. Der Römer bezieht jedoch die Ausdrücke *agnatio* und *cognatio naturalis et civilis* nur auf die verwandtschaftlichen Verhältnisse; welche altcivilistische Familienrechte zur Folge haben. In diesem Sinn sind denn weder eheliche Cognaten, noch uneheliche Agnaten *agnati* oder *cognati civiles*, vielmehr blofs eheliche Agnaten, welche dann *agnati et cognati simul* genannt werden y). Ein Inbegriff von Agnaten in diesem Sinn wird *familia* genannt. In engerem Verstande aber versteht man unter *familia* den Inbegriff von Personen, welche der Gewalt eines Hausvaters unterworfen sind z).

§. 235.

Grade, Linien.

Eine Mehrheit durch ein gemeinschaftliches Haupt vereinigter Verwandten wird ein Stamm genannt, und das aus der Mehrheit der Zeugungen oder Geburten unter ihnen entstandene Verhältnifs Grad der Verwandtschaft. Eine ununterbrochen auf einander folgende Reihe von Verwandten heifst eine Linie, und diese ist denn, je nachdem von den jüngeren zu den älteren hinauf, oder von diesen zu jenen herunter gezählt wird, die aufsteigende *(ascendens)* und herabsteigende *(descendens)*, so wie die Verwandten nach diesen Rücksichten Ascendenten, oder Descendenten sind. Vereinigen sich mehrere Linien in Einer Person, so nennt man die eine im Verhältnifs zur andern eine Seitenlinie *(linea obliqua)*, und die Verwandten Seitenverwandten *(collaterales)* a). Eine Linie an sich betrachtet, wird dann im Gegensatz davon durch den Ausdruck gerade Linie *(l. recta)* bezeichnet. Ist in Seitenlinien die Zahl der Personen dieselbe, so werden sie gleiche *(aequales)*, sonst ungleiche *(inaequales)* genannt. Insbesondere bezeichnet man noch das Verhältnifs einer Person zu den Geschwistern eines Ascendenten durch den Ausdruck: *respectus parentelae* b). Uebrigens können nicht blofs in der Seiten-,

y) L. 4. §. 2. L. 10. §. 4. de grad. et affin. (38. 10.) §. 3. I. de legit. agnat. tutel. (1. 15.). Collat. Leg. Rom. et Mosaicar. Tit. 16. §. 3. Püttmann interp. et observat. cap. 10.

z) L. 195. de V. S. (50. 16.).

a) L. 9. de grad. et affin. (38. 10.) pr. I. de grad. cognat. (3. 6.).

b) §. 5. I. de nupt. (1. 10.). Cuiac. Obs. L. 9. c. 18. F. Schnaderbach de respectu parentelae. Hal. 1723. Dirksen Beyträge nr. 6.

sondern auch in der geraden Linie Agnationsverhältnisse gedacht werden c).

§. 236.

Halbe, ganze, mehrfache Verwandte.

Stammen Seitenverwandten nicht von einem ganzen Paare, als einem Paare, ab, so nennt man sie halbbürtige, und ihre Verwandtschaft eine halbe *(unilateralis)*; und zwar Geschwister, welche Einen Vater haben, *consanguineos*, die, welche Eine Mutter haben, *uterinos*. Sind hingegen Seitenverwandte durch ein Paar, als solches, verwandt, so heifst ihre Verwandtschaft eine volle *(bilateralis)*. Geschwister dieser Art nennt man vollbürtige *(germanos)* d). Mit dieser vollen Verwandtschaft der Seitenverwandten ist die mehrfache Verwandtschaft *(cognatio multiplex)* nicht zu vermengen, welche dann stattfindet, wenn Jemand mit einer Person durch zwey, drey, und mehrere Linien verwandt ist *(cognati duplices, triplices* u. s. w.) e).

§. 237.

Fortsetzung.

Die Berechnung der Grade f) ist nach Römischem und Kanonischem Recht, wenn von De- und Ascendenten die Rede ist, vollkommen gleich, nämlich:

c) pr. I. de legit. agn. succ. (3. 2.) L. 10. §. 6. de grad. et affin. (38. 10.). Püttmann int. et obs. c. 10. A. M. ist D'Arnaud coni. L. 1. c. 6.

d) Epit. Gaii L. 2. T. 8. §. 6. Collat. LL. Mosaic. Tit. 16. §. 3. Theophili paraphras. L. 3. T. 2. §. 1. L. 27. C. de inoff. test. (3. 28.) L. 21. C. de excus. tutor. (5. 62.). Rutgers var. lect. L. 1. c. 9.

e) Koch successio ab intest. auct. III. nebst dem Anhange: Grundlinien einer neuen Theorie von der Succession mehrfacher Verwandten. H. I. Klüpfel über die Vielfachheit der Verwandtschaft. Stutt. 1793. Weisser v. Berech. d. Verwandtsch. §. 21. fgg. Hugo Civ. Mag. 4. B. 2. St. S. 188—199. 3. 4. St. S. 484—494.

f) Ueber die Computation der Grade vergl. H. de Cocceii de computat. grad. cognationis. Heidelb. 1672. Frkf. 1712. Hannesen lucub. sel. circa doctrin. de computat. grad. Goett. 1736. I. F. E. Weisser Anleit. zur Berechn. d. Verwandschaftsgrade. Stuttg. 1781. Nettelbladt syst. doctrin. propaedeut. §. 322—346. Ueber die Geschichte der kanonischen Computation: I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. Glück Erl. d. Pand. 23. B. §. 1209. 1210. E. A. T. Laspeyres D. canonicae computationis et nuptiarum propter sanguinis propinquitatem ab ecclesia Christiana prohibitarum sistens Historiam. Berolin. 1824. und über die verschiedenen Arten, ein Schema zu entwerfen: Gothofredi corp. grammaticor. p. 1858. fgg. Hommel oblectam. iur. feud. Obs. 15. §. 2.

so viel Zeugungen, so viel Grade. In der Seitenlinie behält das Römische Recht dieselbe Regel bey g). Das Kanonische dagegen, welches mehrere, von Einer Person gezeugte oder geborne Personen insofern für Ein Blut hält, stellt die Regel auf: in eben dem Grade, in welchem die Person der einen Linie, und zwar bey ungleichen Linien die entferntere Person, dem gemeinschaftlichen Stammvater verwandt ist, in eben dem Grade ist sie der Person der andern Linie verwandt h).

§. 238.

Fortsetzung. Eine Art der Verwandtschaft, wenigstens nach Begriffen des Kanonischen Rechts, ist die Schwägerschaft (*affinitas*) i). Der Römer versteht darunter das Verhältnifs eines rechtmäfsigen Ehegatten zu den Blutsfreunden des andern während stehender Ehe k). Das Kanonische Recht hingegen, welches bey wörtlicher Auslegung der Bibel l) von dem Princip ausgeht, dafs unter Concumbenten eine Einheit des Fleisches stattfinde m), erklärt jeden, auch ohne Befruchtung vollbrachten Beyschlaf, wenigstens in Rücksicht der Eheverbote für Grund der Affinität, welche denn eben defswegen weder zu ihrer Existenz noch zu ihrer Dauer eine gültige Ehe voraussetzt n). Doch nehmen manche Protestanten an, dafs die Ehescheidung die Affinität aufhebe, welches sich jedoch nur von der Römischen Affinität, welche nicht unter den Begriff der Kanonischen gehört, und durch das Kanonische Recht nicht aufgehoben ist o), d. h. von dem Fall annehmen läfst, wenn die Ehe zwar

g) §. 7. I. de grad. cognat. (3. 6.) L. 10. §. 9. 13. eod. (38. 10.).

h) c. 2. C. 35. q. 5. cap. ult. X. de consanguin. et affin. (4. 14.). Vergl. mit I. C. Koch de nova in comput. grad. canonica inventa regula. Giess. 1765. (op. iur. canon. n. 4.).

i) W. A. Lauterbach D. I. II. de singulari affin. iure. Otto de vetit. affin. nupt. (in Oelrichs Thes. nov. V. 3. P. 2.). C. H. Gmelin de vero concept. affinitat. eiusque grad. et gener. Tubing. 1801.

k) §. 6. 7. 9. I. de nupt. (1. 10.) L. 4. §. 3. 8. 10. de grad. et affin. (38. 10.). Gmelin l. c. §. 2. 10.

l) 1. Cor. 6. C.

m) cap. 5. X. de bigam. non ord. (1. 21.) c. 18. C. 27. qu. 2. cap. 3. x. de spons. (4. 1.). Gmelin l. c. §. 7. 12.

n) c. 7. 14. 15. 21. C. 35. q. 2. cap. 10. X. de eo qui cogn. cons. uxor. (4. 13.). Glück Erl. d. Pand. 23. B. §. 1211.

o) Denn der Satz: die blofse Ehe wirkt Affinität, wird im Kan. Recht nicht aufgehoben, vielmehr noch anerkannt. cap. 3. x. de sponsal. (4. 1.).

eingegangen, der Beyschlaf jedoch nicht erfolgt ist p). Es sind aber weder die Ehegatten, noch deren Verwandten unter einander als Schwäger zu betrachten q).

§. 239.

Fortsetzung. Das Kanonische Recht nimt drey Gattungen der Affinität an. Die erste ist die bisher beschriebene; die zweyte, das Verhältnifs eines Concumbenten zu den Schwägern der ersten Gattung des andern Concumbenten; die dritte, das Verhältnifs eines Concumbenten zu den Schwägern der zweyten Gattung des andern; doch beziehen sich die beiden letzten nur auf die Eheverbote r). Uebrigens berechnet man uneigentlich das Verhältnifs zwischen Schwägern aller Gattungen auch nach auf- und absteigenden Linien und Graden, und zwar nach der Regel: in eben dem Grade (nach Römischer oder Kanonischer Computation), in welchem ein Blutsfreund dem andern verwandt ist, in eben dem Grade ist der Concumbent jenes ein Schwager dieses s).

§. 240.

5) des moralischen Charakters. Infamie. Auch der moralische Charakter eines Menschen ist, wiewohl nicht überhaupt, doch in gewissen Rücksichten, mit bedeutenden rechtlichen Folgen verknüpft, sofern nämlich Jemandem überhaupt eine Verdorbenheit des moralischen Charakters zur Last gelegt werden kann. Die aus dieser moralischen Verdorbenheit einer Person entspringende verächtliche Meynung andrer von derselben heifst eigentlich Infamie, wiewohl man jetzt durch diesen Ausdruck gewöhnlicher die, die Infamie veranlassende Qualität des Subjects zu bezeichnen pflegt t).

p) Gmelin l. c. §. 11.

q) L. 4. §. 3. de grad. et affin. (38. 10.) cap. 5. X. de consanguin. (4. 14.). Gmelin l. c. §. 9.

r) c. ult. C. 35. q. 2. 3. cap. 8. X. de consangu. (4. 14.). Gmelin l. c. §. 19. I. H. Boehmer l. c. §. 33. Glück Erl. d. Pand. 23. B. §. 1214.

s) L. 4. §. 5. h. t. (38. 10.) c. 12. C. 35. q. 2. 3. Gmelin l. c. §. 8. 23—26.

t) Vergl. überh. M. Freher de fama et existimatione. Basil. 1591. C. Thomasii D. de existimat. fama et infam. extra rempubl. Hal. 1734. H. Bodini D. iure circa infam. Hal. 1710. I. H. C. de Selchow select. capit. doctr. de infam. Goett. 1770. H. V. Becker de dignitat. honor. existimat. Rost. 1789. H. W. v. Günderrode über die bürgerl. Ehre bey den Teutschen (in dess. W. 2. B. S. 187. fgg.). C. G.

§. 241.

Infamia iuris und facti.

Das Urtheil über die Existenz einer wirklichen Infamie im subjectiven Sinn hängt von dem vernünftigen Ermessen des Richters ab. Es gibt jedoch manche Fälle, in denen das Gesetz den Urheber einer (an sich schändlichen, oder nicht schändlichen) Handlung bloſs als solchen für einen Niederträchtigen erklärt. Geschieht dieſs, so nennt man die Infamie eine *infamia iuris;* die hingegen, welche in einer wirklich erwiesenen, und bloſs darum als wirklich angenommenen Niederträchtigkeit besteht, *infamia facti* u).

§. 242.

Mittelbare, unmittelbare.

Ist eine nach gesetzlicher Vorschrift infamirende Handlung von der Art, daſs ihre Existenz und Beschaffenheit offenkundig einem Jeden vor Augen liegt, so trit die Infamie ein, sobald die That begangen ist; in andern Fällen hingegen verlangt das Römische Recht, daſs der Thäter der Handlung, welche die Ehrlosigkeit zur Folge hat, durch ein richterliches Urtheil förmlich überführt sey x). In jenem Fall nennt man die *Infamia iuris inmediata*, in diesem *mediata* y).

§. 243.

Fortsetzung.

Die einzelnen Fälle einer mittelbaren oder unmittelbaren Infamie müssen in der Folge gelegentlich

Hübner über Ehre und Ehrlosigkeit. Leipz. 1800. Vergl. mit d. Allg. Lit. Z. 1801. n. 98. C. Grolman über Ehre und guten Namen, in dessen Magaz. für Philosophie. 1. B. n. 1. Hugo civ. Mag. 3. B. 2. St. n. 8. G. C. Burchardi de infamia ex disciplina Romanorum. Kil. 1819. A. M. I. Molitor de minuta existimatione. Lovanii 1824. J. Marezoll über die bürgerliche Ehre. Gieſs. 1824.

u) Es gibt freilich Viele, welche mit Donell comm. L. 18. c. 6. Strecker de non ente civili infamia facti. Erf. 1736. C. G. Einert exerc. qua praeter unam mediatam iuris infamiam nullam existere famae speciem defenditur. Lips. 1777. Burchardi l. c. die Existenz einer infamia facti leugnen. Dafür pflegt man zu citiren: L. 42. de V. S. (50. 16.) L. 20. de his qui not. infam. (3. 2.) L. 3. pr. de testib. (22. 5.) L. 2. pr. de obsequ. par. (37. 15.) L. 25. C. ad L. Iul. de adult. (9. 9.) L. 13. C. ex quib. causs. infam. irrog. (2. 12.) L. 27. C. de inoff. test. (3. 28.) L. 2. C. de dignitat. (12. 1.). Emminghaus ad Cocceii L. 3. T. 2. qu. 9. Marezoll a. a. O. S. 290—400.

x) L. 1. L. 4. §. 4. h. t. (3. 2.).

y) G. L. Boehmer de querel. inoff. donat. fratr. §. 6. (in elect. T. 1.).

angeführt, zum Theil auch in das peinliche Recht verwiesen werden z). Hier ist nur die allgemeine Bemerkung wichtig, daſs nach der deutschen Praxis ohne richterliches Urtheil keine Infamie mehr angenommen wird a), und daſs man selbst die mittelbare Infamie nur dann eintreten läſst, wenn entweder ausdrücklich darauf erkannt, oder die zugefügte Art der Bestrafung nach deutschen Begriffen infamirend ist b). Welche Arten der Bestrafung diese Eigenschaft haben, ist unter den Criminalisten streitig c), und muſs es bleiben, so lange sie nicht diese widerrechtliche d) und offenbar absurde Idee durchaus verwerfen e).

§. 244.

Aufhören und Wirkungen derselben.

Die privatrechtlichen Wirkungen der Infamie, welche im speciellen Theil an den gehörigen Orten einzeln anzuführen sind f), fallen weg, sobald die Infamie erlischt. Bey der *infamia facti* geschieht dieſs durch erweisliche Aenderung der moralischen Denkart; bey der *infamia iuris* durch Ablauf der, für sie im Urtheil bestimmten Zeit, oder durch Wiederherstellung in den Stand eines unbescholtenen Bürgers *(restitutio famae)* kraft landesherrlicher Gnade g). In Rücksicht des öffentlichen Rechts besteht die Wirkung der *infamia iuris* und *facti* besonders darin, daſs sowohl diese als jene den Infamirten der Erlangung und Beybehaltung eines Staatsamts unfähig macht h).

§. 245.

Levis notae macula.

Unter dem Namen der *levis notae macula* kommt etwas der Infamie Coor-

z) Vergl. überh. Glück Comment. §. 378—80.

a) Danz Handb. d. D. Priv. R. §. 301. Hübner S. 93.

b) G. L. Boehmer l. c. §. 7.

c) Quistorp Grunds. d. peinl. R. 1. Thl. §. 77. not. 1. Müller ad Leyser Obs. 172.

d) L. 22. h. t. (3. 2.). Kleinschrodt Grundw. d. p. R. 3. Thl. §. 83.

e) Hübner S. 113. 137.

f) S. unten die Lehren von Zeugen, Advocaten, der actio de dolo, der querela inofficiosi testamenti, das Kanonische Recht über ehrliche Begräbnisse, und das Deutsche Recht über Gildenfähigkeit.

g) A. Kaestner de fama, huius amissione et restitutione. Lips. 1730. M. H. Griebner de iure principum imperii restituendi famam. (in op. T. 1.). Schnaubert Beytr. 1. Thl. n. 9.

h) L. 2. 12. C. de dignit. (12. 1.) L. 8. C. de Decurion. (10. 31.).

dinirtes, im Römischen Recht vor i), namentlich in der Beziehung, daſs gewisse Personen, mit Uebergehung der Geschwister in einem Testament nicht eingesetzt werden durften. Diesen wurde denn insofern eine *levis notae macula* zugeschrieben k); doch ist nirgend gesagt, welche Personen dieser Art sind. Gewiſs gehörten aber dahin weder uneheliche Kinder, denen, als solchen, keine Makel anklebte l), noch vielleicht auch Personen, welche ein schmutziges Gewerbe trieben m), wiewohl das letzte doch in einigem Betracht berücksichtigt ward n).

§. 246.

Fortsetzung. Deutsche Vorurtheile haben in den älteren Zeiten eine Menge von Personen als mit einem Schandfleck behaftet angesehen, und denselben deſswegen den Eintritt in Gilden und Zünfte versagt. Jetzt gehören nur noch der Abdecker und uneheliche Kinder dahin o). Man nennt dieſs die Deutsche *levis notae macula*, sollte aber, um die gewöhnliche Verwirrung zu vermeiden, weder diesen Namen, noch den Namen *infamia* gebrauchen. Denn weder die Wirkungen der Römischen *levis notae macula*, noch der *infamia iuris* oder *facti* treffen den, welcher in jenem Sinn anrüchtig ist p). Uebrigens kann der Regent auch diese Deutsche Anrüchtigkeit aufheben. Geschieht dieſs in Rücksicht unehelicher Kinder, so nennt man es *legitimatio minus plena*.

i) I. A. Frommann de lev. not. mac. Tub. 1672. Heineccius de eod. arg. (in syllog. opusc. n. 7.).

k) L. 27. C. de inoff. test. (3. 28.). Heineccius praefat. ad opusc. var. syllog. G. L. Boehmer l. c. §. 13. Marezoll a. a. O S. 103—105. 246—259. 282—289.

l) Püttmann de querel. inoff. test. fratr. atque soror. contra spurios haud competent. Lips. 1772.

m) Heineccius Diss. cit. §. 32.

n) L. 6. C. de dignit. (12. 1.).

o) Danz a. a. O. §. 310.

p) I. F. Plitt D. de levis notae macula sec. ius germ. Marb. 1784. §. 29. Stein v. pflichtw. Testam. §. 26. a. E.

Vierter Abschnitt.

Ueber das Object der Rechte und Verbindlichkeiten.

Erste Abtheilung.

Wichtigste Arten der Handlungen.

§. 247.

Handlung, Object der Rechte.

Das Vierte, was bey Rechten und Verbindlichkeiten in Betracht kommt, ist das Object derselben. Dieses ist weder eine Person, noch eine Sache, sondern kann blofs eine Handlung seyn. Nur als Object der Handlungen lassen sich die Sachen denken.

§. 248.

Eintheilung: I) mögliche, äufsere.

Nicht unmögliche, sondern allein mögliche Handlungen können der Gegenstand eines Rechts und einer Verbindlichkeit seyn q), so wie in der Regel nur äufsere, nicht innere von den Gesetzen zum Gegenstande derselben gemacht werden. Es gibt jedoch manche Fälle, da neben dem Aeufsern auch auf das Innere Rücksicht genommen wird. Nur das läfst sich unbedingt sagen, dafs eine blofs innere Handlung juristisch als nicht vorhanden anzusehen ist r).

§. 249.

II) Erlaubte, unerlaubte.

Im Verhältnifs zu dem Gesetz betrachtet, sind die Handlungen entweder erlaubte, oder unerlaubte. Die ersten bedürfen keiner weiteren Erörterung; desto wichtiger ist aber die Eintheilung der letzten in zufällige, freye nicht imputable, nachlässige, und arglistige Handlungen.

q) L. 185. de R. I. (50. 17.).

r) §. 8. I. de obl. quae ex delict. (4. 1.) vergl. mit L. 3. §. 3. ad SCt. Maced. (14. 6.).

§. 250.

Eintheilung der letzten in zufällige, arglistige, nachlässige.

Zufällig (*casualis*) ist eine Handlung, wenn der Natur-Instinct sie bewirkt, und der Wille sie auf keine Weise abwenden kann. Eine solche Handlung wird nicht als Handlung der Person angesehen [s]). Frey, aber nicht imputabel ist sie, wenn der Person die Unterlassung derselben möglich, aber die Erlangung der Ueberzeugung von der Unrechtmäfsigkeit derselben unmöglich war [t]). Handelte eine Person wider das Gesetz, zwar nicht absichtlich, um diese That als eine widerrechtliche zu begehen, aber doch so, dafs sie die Widerrechtlichkeit derselben hätte erkennen können, oder wenigstens da, wo sie wissentlich handelte, nicht aus moralisch bösen Absichten, so wird diefs Nachlässigkeit (*culpa, negligentia*) genannt. Die freye Uebertretung eines Gesetzes, begleitet mit dem Bewufstseyn des Verbots, und mit unmoralischen Absichten verbunden, heifst, Arglist (*dolus*) [u]). Zuweilen wird auch wohl die Arglist *culpa* genannt [x]). In diesem weiten Sinn theilt man denn die letzte in *culpa versutiae* und *culpa ignorantiae* ein [y]).

§. 251.

Arten der Culpa.

Die Nachlässigkeit kann sich auf mehrfache Art äufsern. Entweder begeht Jemand eine positive schädliche Handlung, welche er hätte unterlassen sollen (*culpa* im engern Sinn); oder er unterläfst eine Handlung (überhaupt oder in Modificationen), welche

s) L. ult. in fin. de administr. tutor. (26. 7.). Meine Vers. 2. B. S. 209—214. S. auch unten §. 254.

t) Z. B. L. 25. §. 2. ad SCt. Trebell. (36. 1.). S. auch unten §. 254.

u) L. 7. pr. depos. (16. 3.) L. 8. §. 10. mandati (17. 1.) L. 14. §. 2. de custodia (48. 3.) L. 7. §. 3. 7. de dolo (4. 3.). Wegen des neueren Streits über dolus und culpa vergl. Grolman Bibl. für peinl. R. 1. Th. 1. St. n. 1. 3. St. n. 3. 2. B. 1. St. n. 5. Klein Archiv 1. B. 2. St. n. 10. 2. B. 2. St. S. 216. fgg. Feuerbach Revision 1 Th. 6. Cap. E. v. Löhr Theorie der Culpa. Giefs. 1806. §. 5—7. F. Schöman vom Schadensersatz. Giefs. 1806. 2. B. S. 3—10. Löhr Beytr. zu der Theorie der Culpa. S. 34—48. J. C. Hasse die Culpa des Röm. Rechts. Kiel 1815. S. 99—111.

x) L. 5. §. 1. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 3. depos. (16. 3.) L. 91. §. 3. de V. O. (45. 1.). Löhr Theorie §. 1. 2.

y) D'Avezan contr. Lib. c. 26. (Meermann Th. T. 4.) Wehrn l. infra cit. §. 8.

ihm oblag *(omissio diligentiae)*. Besteht im letzten Fall das Unterlassen darin, daſs Jemand etwas Schädliches nicht abwendet, so kann man dieſs *omissio custodiae* nennen z). Die Römer unterschieden wirklich die *custodia* in diesem Sinn a); auch ist ihnen die obige Unterscheidung zwischen *culpa* und *diligentia* nicht ganz fremd gewesen b); gewöhnlich aber wird durch *culpa* im allgemeinen Sinne sowohl die *culpa* in jenem engeren Verstande, als das Entgegengesetzte der *custodia* und *diligentia* angedeutet, so wie durch die *diligentia* der Inbegriff aller pflichtmäſsigen positiven und negativen Handlungen c).

§. 252.

Fortsetzung. Wird von Jemandem der Fleiſs gefodert, welcher überhaupt menschlichen Kräften möglich ist, so nennt man dieſs jetzt *diligentia in abstracto*; fodert man hingegen, wie zuweilen geschieht d), bloſs den Fleiſs von ihm, welchen er in seinen eignen Geschäften anzuwenden pflegt, so heiſst dieſs *diligentia in concreto* e). Die Gegensätze davon sind dann die *culpa in abstracto*

z) Ueber die Lehre v. d. culpa s. bes. H. Cocceii de doli, culpae et negligentiae praestat. in quolibet negotio. Heidelb. 1672. E. F. Pufendorf de culpa. Lemg. 1748. 8. C. G. Wehrn doctr. iur. explicatr. princip. et caussar. damni. Lips. 1795. 8. cap. 3. 4. Ferner die Schriften in §. 250. not. u. und J. C. Gensler exerc. ad doctr. de culpa. Ien. 1813.

a) L. 13. §. ult. de pign. act. (13. 7.) L. 41. locat. (19. 2.) L. 31. pr. de act. emt. vend. (19. 1.). Lauterbach coll. L. 13. T. 6. §. 37. Waechtler opusc. p. 201—203. Zum Theil abweichend sind Löhr Theorie §. 12. Schöman Handbuch 2. B. S. 264—283. Löhr Beyträge S. 63—202. Hasse S. 370—378. 441.

b) Vergl. z. B. den Titel: ad L. Aquil. (9. 2.), wo nur negative Handlungen verlangt werden, und wo nur der culpa erwähnt wird, mit allen Gesetzen über die Geschäfte, wo wirklich positiver Fleiſs gefodert wird, z. B. L. 24. C. de usur. (4. 32.) L. 25. §. 16. famil. hercisc. (10. 2.) L. 17. pr. de iure dot. (23. 3.) L. 1. pr. de tutel. et rat. distr. (27. 3.).

c) §. ult. I. de societate (3. 26.) L. 52. §. 11. L. 72. eod. (17. 2.) L. 18. pr. commod. (13. 6.) L. 39. §. 7. L. 57. pr. de admin. tut. (26. 7.) L. 23. C. eod. (5. 37.) L. 7. C. arbitr. tutel. (5. 51.) L. 11. C. mandat. (4. 35.) L. 68. pr. de contr. emt. (18. 1.) L. 6. de administr. rer. civ. (50. 8.) L. 36. de act. e. v. (19. 1.) L. 25. §. 7. locati (19. 2.) L. 3. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 1. §. 4. de O. et A. (44. 7.) §. 3. I. de emt. (3. 24.) L. 66. pr. solut. matr. (24. 3.) L. 91. pr. de V. O. (45. 1.). Hasse S. 1—257.

d) z. B. §. ult. I. de societat. (3. 26.) L. 72. pro soc. (17. 2.).

e) W. H. Brückner de culpa quae concretive talis dicitur. Ien. 1693. D. Runge legale fundament. culpae in abstr. et concret. Goetting. 1751.

und *in concreto*. Im Zweifel ist unter dem Ausdruck: *culpa* und *diligentia* schlechthin, die erste zu verstehen f).

§. 253.

Grade. Betrachtet man die Nachlässigkeit im allgemeinen Sinn mit Rücksicht auf die, zur Vermeidung derselben in Thätigkeit zu setzenden Kräfte: so lassen sich nach der Natur der Sache viele Modificationen denken, und zwar bey allen Arten derselben, also auch bey der *custodia* und *diligentia* g). Das Römische Recht theilt aber nur die *culpa in abstracto* nach Graden ein, und nimt nur zwey Grade derselben an, nämlich *culpa lata*, oder Vernachlässigung des Fleifses minder vorsichtiger, sorgfältiger Menschen, und *culpa levis*, oder Vernachlässigung des Fleifses eines durchaus ordentlichen und vorsichtigen Mannes. Der Ausdruck *culpa* schlechthin bezeichnet alles, und es gibt keine von der *culpa levis* verschiedene *culpa levissima*, vielmehr ist das, was Viele unter dieser verstehen, mit unter der *culpa levis* der Römer begriffen h). Wohl aber läfst

f) L. 18. pr. commod. (13. 6.) L. 13. §. 1. L. 14. de pign. act. (13. 7.) L. 31. ad Leg. Aquil. (9. 2.).

g) §. 3. 4. I. quib. mod. re (3. 15.) L. 1. §. 8. depos. (16. 3.) L. 1. §. 4. 5. de O. et A. (44. 7.).

h) Den Beweis dieser zuerst besonders von Donellus comm. L. 16. c. 7. vertheidigten Theorie enthalten aus vierfachen Gründen folgende Gesetze, nämlich: a) L. 36. de act. E. V. (19. 1.) §. 5. I. de locat. cond. (3. 25.) L. 5. §. 5. commod. (13. 6.) L. 25. §. 7. locat. (19. 2.) vergl. mit L. 23. de R. I. (50. 17.) L. 1. §. 35. deposit. (16. 3.) L. 5. §. ult. L. 18. pr. commodat. (13. 6.); ferner b) §. ult. I. quib. mod. re contr. obl. (3. 15.) L. 2. §. 1. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 28. C. locat. (4. 65.) L. 13. §. 1. de pignor. act. (13. 7.) L. 19. C. de pignor. (8. 14.); weiter c) L. 7. C. arbitr. tutel. (5. 51.) L. 22. §. 3. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 20. C. de negot. gest. (2. 19.); und endlich d) L. 23. de R. I. (50. 17.) L. 108. §. 12. de legat. I. (30.) L. 17. §. 2. de praescr. verb. (19. 5.) L. 10. §. 1. commod. (13. 6.). Vergl. auch dafür Löhr Theorie der Culpa, und dessen Beyträge. S. 55—162. und besonders die Schrift von Hasse, so wie dessen Recension einer Schrift von Leßrun über culpa in Savigny Zeitschrift 4. B. 2. Hft. Seuffert Erört. einz. Lehren nr. 15. R. F. G. van Zoelen de principiis quibus usi videntur ICti in constituenda doctrina de doli et culpae praestatione. Lugd. Bat. 1824. p. 124—267. F. Hänel vom Schadensersatz. Leipz. 1823. Dawider sind Schöman Handbuch 1. B. S. 165—360. 2. B. S. 231—276. Majer de culpa, eiusque speciebus et gradibus. Tub. 1807. Gensler exercit. cit. Derselbe Beytr. zu d. Lehre v. der Diligenz und Culpa. Heidelb. 1819. Eigne Theorieen haben C. F. Elvers de culpa. Goett. 1822. P. L. Kritz über die Lehre von der culpa. Leipz. 1823.

sich aufser der *culpa in concreto* noch ein höherer Fleifs *in abstracto* denken. Den letzten bezeichnen die Römer oft im Gegensatz der *culpa* schlechthin durch den Ausdruck *diligentia* i).

§. 254.

Folgen. Die Lehre von den rechtlichen Folgen der Arglist und Nachlässigkeit beruhet auf folgenden Hauptsätzen k), welche jedoch die, in der Folge gelegentlich zu bemerkenden singulairen Vorschriften nicht enthalten. I) Aufser dem Contract mufs jeder den höchsten Fleifs anwenden; doch ist er nur wegen positiver, an sich unerlaubter Handlungen verantwortlich, nicht aber zur positiven *diligentia* oder *custodia* verpflichtet, wenn nicht aus seinem vorhergehenden positiven Facto die Verbindlichkeit entsprang, die nachtheiligen Folgen desselben abzuwenden l). Behandelt er aber die Sache eines Andern in gutem Glauben als die seinige, so haftet er für kein Versehen m). II) Steht Jemand mit einem Andern in vertragsmäfsigen Verhältnissen, so ist entweder 1) etwas über den Fleifs bestimmt: dann bleibt es dabey n); doch ist ein, auf die Zukunft bezogener Vertrag, welcher zu Arglist und grober Nachlässigkeit berechtigt, ungültig; gültig hingegen der Vertrag, wodurch Foderungen wegen einer bereits begangenen Arglist erlassen

i) L. 2. §. 1. L. 3. de peric. et comm. r. v. (18. 6.). Davon sind auch zu verstehen L. 5. §. 2. commod. (13. 6.) vergl. mit L. 5. §. 15. eod. Ferner L. 47. §. 5. de leg. I. (30.) vergl. mit L. 22. §. 3. ad SCt. Treb. (36. 1.). Endlich L. 23. de R. I. (50. 17.) vergl. mit L. 25. §. 16. fam. herc. (10. 2.). S. die Schrift von Hasse überall vergl. mit Heidelb. Jahrb. 1815. S. 947—950.

k) S. überh. aufser Pufendorf, Wehrn und Coccei l. c. Prousteau recit. ad L. 23. de R. I. (Meermann Th. T. 3.). C. Thomasius de usu pract. doctr. difficill. iur. R. de culp. praest. in contr. Hal. 1705. B. H. Heinold D. ad L. 23. de R. I. (opusc. p. 303. fgg.). C. Waechtler comm. ad L. 5. §. 2. comm. et L. 23. de R. I. Viteb. 1680. (in dessen opusc. rar. ed. Trotz. Trai. ad R. 1733.). F. G. Zoller de eo quod iust. est circa praest. culpae. Lips. 1773. und die vorhin citirten Schriften von Löhr, Schöman und Majer.

l) L. 13. §. 2. de usufr. (7. 1.) L. 57. locat. (19. 2.) L. 8. pr. L. 27. §. 9. L. 28. §. 1. ad L. Aquil. (9. 2.). Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 3. Voet L. 9. T. 2. §. 3. So sind Coccei eod. qu. 5. und Wernher lect. c. ib. §. 5. zu berichtigen.

m) L. 25. §. 11. L. 31. §. 3. de her. pet. (5. 3.).

n) L. 11. §. 1. de act. e. v. (19. 1.) L. 1. §. 10. deposit. (16. 3.).

wurden o), selbst wenn der Remittirende (versteht sich, ohne von dem Andern durch neue Arglist zur Remission inducirt zu seyn) den Betrug des Andern nicht kannte p). Ist aber 2) nichts ausgemacht, so gilt die Regel: wer keinen Vortheil hat, der braucht nur *dolus* und *culpa lata*, er mag nun negativ, oder positiv gefehlt haben *), zu prästiren; wer hingegen allen, oder mit dem Andern gemeinschaftlichen Vortheil hat, der prästirt *culpa levis* im Sinn der Römer, und den höchsten Fleiſs q). Daher ist denn auch der Schenker, und was ihm gleich ist (d. h. jeder, welcher eine *ars liberalis* ausübt) nur wegen der *culpa lata* verantwortlich r). Ausnahmen sind, a) daſs der, dem eine *obligatio faciendi* obliegt, eben so unbedingt den höchsten Fleiſs anwenden muſs s), als b) derjenige, welcher sich zu einem Geschäft aufdrang, er mochte nun einen Besseren verdrängen, oder nicht t); dagegen ist man c) *in stricti iuris negotiis* nur für das, denselben direct Widerstreitende verantwortlich **), und gegen den, welcher *in mora* ist, nur zur *culpa lata* ***). III) Die *culpa in concreto* wird nur da prästirt, wo es die Gesetze namentlich sagen. Als Regel kann man hier nur angeben, daſs der, welcher die, von seinen eigenen Geschäften nicht zu trennenden Geschäfte eines Andern besorgt, bloſs wegen der *culpa in concreto* verantwort-

o) L. 27. §. 3. 4. de pact. (2. 14.) L. 6. §. ult. de act. e. v. (19. 1.) L. 17. pr. commod. (13. 6.) L. 36. de V. O. (45. 1.) L. 23. de R. I. (50. 17.). A. M. ist Leyser Sp. 516. Allein s. Müller ad Leyser Obs. 858.

p) A. M. sind Glück Comm. §. 370. Günther princ. iur. R. §. 340. wegen L. 6. §. ult. L. 11. §. 15. de act. e. v. (19. 1.) L. 14. §. 9. de aedil. edict. (21. 1.) L. 69. §. 5. de evict. (21. 2.). Allein sie vermengen den bloſs unbestimmten Vertrag über Schadensersatz, und den bestimmten über dolus.

*) S. unten §. 964. not. h. in Betreff des obigen: positiv.

q) L. 5. §. 2. L. 10. §. 1. commod. (13. 6.) L. 31. in fin. locat. (19. 2.) L. 17. §. 2. praescr. verb. (19. 5.) L. 108. §. 12. de leg. I. (30.) L. 23. de R. I. (50. 17.) L. 61. §. 6. de furt. (47. 2.) §. ult. I. quib. mod. re contr. oblig. (3. 15.). S. auch unten §. 964. not. h.

r) L. 1. si mensor. fals. mod. (11. 6.) L. 18. §. 3. de donat. (39. 5.) L. 41. §. 1. de re iudic. (42. 1.).

s) L. 137. §. 3. de V. O. (45. 1.) L. 189. de V. S. (50. 16.).

t) L. 1. §. 35. depos. (16. 3.) §. 1. I. de obl. quae quas. ex contr. (3. 28.) L. 6. §. ult. de negot. gest. (3. 5.). Glück Comm. 5. B. S. 361. 362. Löhr Theorie S. 44. not. 1. Hasse S. 521—523. 543—547.

**) L. 91. pr. de V. O. (45. 1.).

***) S. oben §. 103. not. m. und L. 8. §. 3. L. 9. §. 5. de reb. auct. iud. (42. 5.). Löhr Theorie S. 189. 190.

lich ist [u]), gewiſs deſswegen, weil man ihn sonst zum höchsten Fleiſs in seinen eignen Angelegenheiten zwingen würde [*]). IV) Wer nur *culpa in concreto* zu leisten hat, ist dennoch auf allen Fall wegen der *culpa lata in abstracto* verantwortlich [x]), so wie Jeder, von welchem nur eine geringe *diligentia in abstracto* gefodert wird, dennoch stets *diligentia in concreto* zu leisten hat [y]). V) Kann ein Contrahent entweder nur seine eignen Sachen, oder die, worauf er Fleiſs zu wenden hat, gegen Beschädigung sichern: so muſs er die fremden Sachen vorziehen [z]). Daraus läſst sich denn die Regel bilden [a]), daſs von dem, welcher seine eigenen Sachen erhielt, im Zweifel zu vermuthen sey, er habe auch die des Andern erhalten können [b]). VI) Wer auf der einen Seite mehr Gutes stiftet, als er sollte, auf der andern aber mehr Schaden, kann beides compensiren. Wo Jemand verpflichtet ist, zu nutzen, und nicht zu schaden, da kann natürlich von keiner Compensation die Rede seyn [c]). VII) Unter dem *dolo* ist in der Regel, selbst bey vielen Strafen, und namentlich der Strafe der Infamie, die *culpa lata* mit begriffen [d]). VIII) In der Regel und so weit es überhaupt eine passive Translation der Klagen

u) L. 18. pr. commod. (36. 6.) L. 52. §. 1. 2. 3. 11. pro soc. (17. 2.) L. 3. C. de negot. gest. (2. 19.) L. 18. §. 1. C. fam. hercis. (3. 36.) L. 25. §. 16. fam. herc. (10. 2.) L. 41. de R. C. (12. 1.) L. 40. de negot. gest. (3. 5.). Vinnii qu. sel. L. 1. c. 28. Vergl. auch Löhr Theorie S. 169—172. Schöman Handb. 1. B. S. 309—314. 329—336. A. M. ist Kritz S. 179—196.

*) Heidelb. Jahrb. S. 953. 954. Dawider ist Savigny Zeitschr. 4. B. 2. Hft. S. 216. 217. 230—234.

x) L. 29. pr. L. 59. §. 1. mandat. (17. 1.) L. 24. §. 5. solut. matr. (24. 3.).

y) L. 32. depos. (16. 3.) L. 22. §. 3. ad SCt. Treb. (36. 1.). Löhr Theorie §. 7. Hasse S. 237—240. 259—276.

z) L. 5. §. 4. commod. (13. 6.) L. 32. depos. (16. 13.) vergl. mit Hasse S. 285—290. Gesterding alte und neue Irrthümer. S. 433—437.

a) Zufolge cap. 2. x. deposit. (3. 16.).

b) Vergl. Donellus L. 16. c. 7. Wehrn §. 13. Löhr Theorie S. 26—29. Schöman Handb. 1. B. S. 354. 355. Glück Comm. 13. Bd. §. 855. Gensler p. 24—29.

c) L. 11. de neg. gest. (3. 5.) L. 23. L. 25. pro soc. (17. 2.). Ueber die Ideen Anderer s. Wehrn §. 21.

d) L. 38. §. 5. de poen. (48. 19.) L. 11. §. 4. de his qui not. infam. (3. 2.) L. 15. pr. ad L. Corn. de fals. (48. 10.) L. 1. §. 2. si is qui testam. liber. (47. 4.) L. 1. §. 5. de O. et A. (44. 7.). A. M. sind Viele mit Höpfner Comm. §. 756. not. 4. Glück Comm. §. 323. S. auch unten §. 547.

(§. 68.) gibt, vertreten die Erben, wenn sie nicht besonders begünstigt sind [e]), die Versehen ihres Erblassers [f]).

§. 255.

Beweis der Culpa.

Was insbesondere den Beweis der Nachlässigkeit betrifft, so unterscheide man: 1) es ist erwiesen, daſs Jemand eine äuſserlich unerlaubte That beging: dann muſs er seine Schuldlosigkeit darthun [g]). Ist dieſs 2) nicht der Fall, so ist er entweder A) in der Lage, daſs ihm schon an sich der Beweis des Zufalls obliegt [h]): dann hat er auch den Mangel der Fahrlässigkeit zu beweisen, er sey nun Kläger oder Beklagter, und im letzten Fall (durch einen unnützen Zusatz) der Nachlässigkeit beschuldigt, oder nicht [i]). Ist aber B) der Fall von andrer Art, so muſs gegen den, welcher eines Versehens beschuldigt wird, der Beweis geführt werden [k]).

Zweyte Abtheilung.

Ueber das Object der Handlungen, nämlich Sachen.

§. 256.

I) Ueberhaupt; was im Verkehr ist.

Der Gegenstand rechtlicher Handlungen sind Sachen, worunter man im Allgemeinen Alles versteht, was kein Subject rechtlicher Verhältnisse ist [l]); jedoch für die Unterthanen überhaupt nur so weit, als sie nicht durch die Gesetze dem rechtlichen Verkehr entzogen sind. Hieher gehören alle Sachen, welche der Confiscation unterworfen sind,

e) Wie die Erben der Magistrate und Vormünder L. 4. de magistr. conv. (27. 8.) L. 1. C. de hered. tut. (5. 54.).

f) L. 35. 36. pro socio (17. 2.) L. 2. §. 2. de V. O. (45. 1.). Glück a. a. O. §. 324. b.

g) Denn dann wird ja sogar dolus vermuthet. S. oben §. 148. a. E.

h) S. oben §. 175. a. E.

i) L. 9. §. 4. locati (19. 2.) L. 5. C. de pignor. act. (4. 24.). Weber v. d. Verb. zur Beweisf. VI. n. 20—26.

k) L. 4. C. de edendo (2. 1.). Ueber die mancherley Ideen Andrer: Wernher T. 1. I. 1. Obs. 200. Leyser Sp. 176. m. 5. F. Alef de onere probandae culpae actori nunquam incumbente. Heidelb. 1753. (in dieb. acad. n. 20.). Quistorp Beytr. n. 14. Wehrn l. c. §. 20. G. I. F. Meister pract. Bemerk. 2. B. n. 6. Hasse S. 237—240. 533—543.

l) L. 5. pr. L. 222. de V. S. (50. 16.).

wenn sie ein Bürger besitzt m), so wie bey den Römern die, überirdischen Wesen geweiheten Sachen (*res divini iuris*) n). Arten der letzten sind 1) die *res sacrae*, d. h. die Gott unmittelbar geweihten und dadurch bis zur förmlichen Entweihung, oder feindlichen Occupation in der Regel der menschlichen Disposition entzogenen Sachen o). Was mittelbar zum Gottesdienst bestimmt ist (*res ecclesiasticae*), gehört zu den Arten der *rerum universitatis*; doch ist die Veräufserung solcher Sachen erschwert p). 2) Die *res religiosae*, d. h. der Platz, welchen, sofern die Beerdigung oder Niedersetzung nicht auf kurze Zeit geschah q), bis zur öffentlich gebilligten Ortsveränderung, oder feindlichen Occupation r), der Leichnam, wenigstens, wenn die Glieder zerstreut sind, der Kopf, oder der Aschenkrug einnimt s). Dieser Platz kann dann nicht abgesondert veräufsert werden t), wohl aber ein blofses Ehrendenkmal u). 3) Die *res sanctae*, d. h. Anfangs alle, den Tutelargöttern geweihten, jetzt aber alle, unter besondern Schutz des Staats gestellten Sachen x). Dahin gehören auch die Stadtmauern, deren Besserung sogar, ohne höhere Erlaubnifs, Niemandem gestattet seyn soll y). Welche Modificationen die Lehre von diesen Sachen durch das Kanonische Recht, und die Ansichten der Protestanten erlitten hat, wird im Vortrage über das Kirchenrecht weiter ausgeführt.

§. 257.

II) Verschiedenheiten der Sachen.

Die Verschiedenheiten der Sachen können den Juristen nur insofern interessiren, als rechtliche Folgen davon abhängen; je-

m) L. 4. §. 1. fam. hercisc. (10. 2.).

n) L. 1. pr. h. t. (1. 8.). D. H. Kemmerich de natura et usu divis. rerum in res divini et humani iuris. Viteb. 1729.

o) §. 8. I. h. t. (2. 1.) L. 9. §. 3. h. t. (1. 8.) L. 83. §. 5. de V. O. (45. 1.). Ausnahmen enthalten L. 21. C. de SS. eccl. (1. 2.) Nov. 120. c. 10.

p) L. 17. C. eod. Nov. 7.

q) L. 2. §. 3. L. 40. de relig. (11. 7.).

r) L. 44. eod. L. 14. C. eod. (3. 44.).

s) L. 2. §. 5. D. eod. — Daher auch die blofs alternative Verpflichtung bey Beerdigungen auf fremdem Boden. L. 7. pr. I. 8. §. 2. D. eod.

t) L. 14. C. de legat. (6. 37.).

u) L. 6. in f. L. 7. h. t. (1. 8.). Bynkershoek Obs. L. 1. c. 5. Uryhof Obs. c. 10.

x) L. 8. pr. L. 9. §. 3. h. t. (1. 8.).

y) L. 8. §. 2. L. 9. §. 4. h. t. (1. 8.) vergl. auch Höpfner Comm. §. 267.

doch bedarf nicht jedes Ding, was etwa die Gesetze definirt haben, und worüber gesunder Verstand und Wörterbücher Aufschluſs geben können, einer Erwähnung im System, sondern nur das, was von besonderer Bedeutung ist z). Auch muſs hier übergangen werden, was sich im System besser gelegentlich erwähnen läſst, wie die Lehre von *rebus universitatis*, *publicis* und *nullius*.

§. 258.

1) Körperliche, unkörperliche; Ihrem innern Wesen nach sind die Sachen entweder unkörperliche, wenn sie nur im Begriff existiren, oder körperliche, welche durch die Sinne erkannt werden. Zu jenen gehören nicht bloſs alle Dinge, welche wie z. B. Rechte, selbst als Individuen stets nur gedacht werden können, sondern auch alles im Individuo Körperliche, was aber in der Gattung, also im Begriff, den Gegenstand eines Rechts ausmacht a).

§. 259.

2) bewegliche, unbewegliche; Die körperlichen Sachen sind beweglich oder unbeweglich b). Zu den letzten gehören I) von Natur alle, entweder überhaupt, oder, ohne Zerstörung und Auflösung nicht von einem Ort zum andern zu bringenden Sachen c); so wie alles, was mit denselben unmittelbar, oder mittelbar so zusammenhängt, daſs es nicht ohne Verletzung davon getrennt werden kann d). II) Vermöge rechtlicher Bestimmungen alle, zum beständigen Gebrauch, als Theil einer von Natur unbeweglichen Sache bestimmten e), und wirklich schon zu diesem Zweck verwand-

z) Vergl. überh. E. C. Westphal Syst. des Röm. Rechts über die Arten der Sachen. Leipz. 1788. 8.

a) Tit. I. de reb. corp. et incorp. (2. 2.) L. 1. §. 1. de rer. divis. (1. 8.) L. 46. de cond. ind. (12. 6.) L. 34. §. 3. 4. de leg. 1. (30.) L. 94. §. 1. de solut. (46. 3.). C. F. G. Meister de philosophia ICtor. Romanor. in doctr. de corporibus (opusc. n. 10.). A. M. ist Mackeldey Inst. 7. Aufl. §. 147.

b) Vergl. überh. P. Voet de reb. mobil. et immobil. Ultrai. 1666. 8. L. G. Mogen de vera ac genuin. rer. mob. et immob. indole. Giess. 1760. 4. I. G. Haerlin de usu theor. pract. distinct. rer. in mob. et immob. Tub. 1715.

c) L. 18. pr. de act. E. V. (19. 1.).

d) L. 80. §. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 9. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 17. §. 3. de act. e. v. (19. 1.) L. 12. §. 23. de instruct. vel instrum. (33. 7.).

e) L. 17. pr. §. 2. 7. 8. 9. L. 13. §. 31. L. 14. 15. de act. E. V. (19. 1.) L. 40. §. 6. de contr. emt. (18.

ten, nicht wieder in der entgegenstehenden Absicht getrennten beweglichen Sachen f). Auch werden noch wohl, nach der Meynung mancher Praktiker, in gewisser Rücksicht, besonders für die Lehre von den Cautionen, alle kostbaren, nicht auf einmal transportabeln Sachen, wie Bibliotheken und Waarenlager, den unbeweglichen gleichgesetzt g). Was nicht unter jene Rubriken gehört, ist zu den beweglichen Sachen zu zählen h), welche man, je nachdem sie sich durch eigne Lebenskraft selbst bewegen können, oder nicht, in Moventien und Mobilien im engeren Sinn eintheilt i).

§. 260.

Fortsetzung. Unkörperliche Sachen, also auch Rechte, sind an sich weder beweglich, noch unbeweglich; doch kann eine allgemeine Rede es nöthig machen, sie unter die eine, oder die andere Classe zu bringen. Hier gelten dann diese herkömmlichen Regeln: 1) ein Recht, welches einer Sache adhärirt, wie z. B. eine Real-Servitut, und zuweilen Apotheken und Braugerechtigkeiten, nimt die Beschaffenheit der Hauptsache an k). Ist es aber 2) kein Zubehör einer Sache, so ist es beweglich oder unbeweglich, je nachdem der Gegenstand desselben das eine, oder das andere ist l). Es paſst jedoch die letzte Unterscheidung nur auf dingliche, nicht auf persönliche Rechte, weil man diese unbedingt zu den beweglichen zählt m). Deſswegen muſs man denn auch fällig gewordene Grundzinsen n), mithin auch fällig gewordene sogenannte Erbegelder o) zu den beweglichen zählen, so wie die Schulden einer Gemeinheit p).

1.). A. Kaestner de clausula: was erd - wand - band - mauer-nied - nagel - und schraubenfest ist. Lips. 1724. C. Schreiter de reb. mobil. in perpet. praedii usum destinatis. Lips. 1690. cap. 2. — Unter dieser Beschränkung gehören auch Schiffsmühlen hieher. L. 1. §. 7. de vi (43. 16.) L. 20. §. 4. quod vi aut clam. (43. 24.) vergl. mit Glück Comm. §. 173. a. E.

f) L. 66. §. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 17. §. 5. 6. 10. 11. L. 18. §. 1. de act. E. V. (19. 1.). Schreiter l. c. cap. 1.

g) I. A. Hellfeld de hypoth. mobil. (op. n. 8.) c. 1. §. 11. Wernher lect. c. L. 2. T. 8. §. 6.

h) Hellfeld l. c. cap. I.

i) L. 93. de V. S. (50. 16.).

k) L. 47. de contr. emt. (18. 1.).

l) L. 3. §. 15. de vi et vi arm. (43. 16.).

m) P. Voet l. c. cap. 8. §. 6. Leyser Sp. 26. m. 2.

n) P. Voet l. c. cap. 9.

o) C. F. Walch de privil. pecun. hered. §. 14.

p) Voet Comm. ad P. L. 1. T. 8. §. 28.

Rechte, welche, wie das Pfandrecht, nur Nebentheil eines Hauptrechtes sind, richten sich nach der Natur des letzten q). Ist der Gegenstand eines dinglichen Rechts theils beweglich, theils unbeweglich, so muſs es getheilt werden r).

§. 261.

3) fungibiles, non fungibiles; Eine gleichfalls wichtige Eintheilung der Sachen ist die, in *fungibiles* und *non fungibiles*, oder, wie man sie jetzt unrichtig s) nennt, in verbrauchbare, und unverbrauchbare. Unter jenen versteht man alle Sachen, wobey es in der Regel völlig einerley ist, ob man grade diese Species, oder eine andre von derselben Gattung hat; unter diesen alle, wobey dieſs nicht stattfindet. Zu den ersten sind nach den Gesetzen im Zweifel alle Sachen zu zählen, welche im Handel und Wandel nach Zahl, Maaſs, oder Gewicht veräuſsert zu werden pflegen t).

§. 262.

4) einfache, zusammengesetzte; Besteht eine Sache aus mehreren, durch physische Cohärenz mit einander verschmolzenen Theilen, so wird sie eine einfache *(singularis)*, im entgegengesetzten Fall eine zusammengesetzte *(universalis)* genannt u). Sind im letzten Fall die mehreren Theile physisch verbunden, so nennt man sie *res connexa*, werden sie hingegen nur im Begriff als Ganzes vereinigt gedacht, *universitas*. Besteht eine solche *universitas* aus dem, bey einer Succession unzertrennlich verbundenen activen und passiven Vermögen einer Person: so nennt man sie *universitas iuris*; sonst aber *universitas facti s. homi-*

q) Müller ad Leyser Obs. 115.

r) Voet Comm. l. c. §. 19.

s) Wer z. B. ein Pfund Muscheln oder Schmelz zum Putz kauft, kauft eine res fungibilis, aber keine verzehrbare Sache. Vergl. auch noch Pfizer von der Collation §. 210—220.

t) L. 2. §. 1. de R. C. (12. 1.). I. Gothofredi D. de functione et aequalitate in mutuo, in opusc. Lugd. B. 1733. p. 517. fgg. Bynkershoek Obs. L. 1. c. 10. Cocceii I. C. L. 12. T. 1. qu. 14. 15. A. F. Schott de rebus quae functionem recipiunt. Lips. 1767. (opusc. p. 212.). Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. 1. St. S. 138.

u) Die Veranlassung zu den folgenden Eintheilungen gaben L. 23. §. 5. de R. V. (6. 1.) L. 30. de A. l. A. P. (41. 2.) L. 30. de usurp. (41. 3.).

nis x). Bey der *universitas iuris* findet die merkwürdige Regel Statt, dafs der Besitzer derselben, wenn er zur Herausgabe des Ganzen verpflichtet ist, alles, aus den Mitteln der *universitas*, oder sonst für die universitas Angeschaffte, dem, welchem sie zufällt, mit herausgeben mufs y). Bey einzelnen Sachen findet, obgleich sonst Surrogate an die Stelle des Dinges treten, dem sie surrogirt sind, und dessen Natur annehmen z), diese Regel nicht Statt a); doch kann der, welcher durch eine fremde Sache bereichert ward, auf so viel, als er sich noch dadurch bereichert befindet, belangt werden b).

§. 263.

5) theilbare, untheilbare;

In einer andern Rücksicht sind die Sachen theilbare *(dividuae)* oder untheilbare *(individuae)* c). Jenes findet Statt, nach der Natur der Sache, wenn die Sache ohne Zerstörung in Theile zerlegt werden kann, und wenigstens im juristischen Sinn, wenn Mehreren intellectuelle Theile an derselben zustehen können; dieses hingegen entweder, wenn die Theilung eine Zerstörung mit sich führt, wie bey beweglichen körperlichen Sachen, den Real-Servituten, und der Freyheit, oder wenn, wie bey manchen Aemtern, die rechtliche Concurrenz Mehrerer ausgeschlossen ist d).

x) Vergl. besonders C. F. Mühlenbruch obs. iur. Rom. Regimont. 1818. nr. 1. Archiv für civilist. Praxis. 5. B. 1. Hft. nr. 1.

y) L. 20. §. 1. 2. 10. 12. L. 22. de hered. pet. (5. 3.). Heineccii opusc. posth. p. 499. fgg. Branchu Obs. Dec. 1. cap. 6.

z) I. V. Bechmann de surrogatione. Ien. 1674.

a) L. 6. C. de R. V. (3. 32.). I. a Schultzen Szulecki de pretio succedente in loc. rei singularis. Frkf. ad V. 1701. Erl. gel. Anz. v. 1749. n. 24.

b) L. 23. §. 5. de R. V. (6. 1.) L. 23. de R. C. (12. 1.). Höpfner Comm. §. 278. not. 6.

c) A. Hoffmann de iur. rer. individ. 1701. Lynker de iure rer. individ. Hal. 1702. Hotomann quaest. illustr. c. 18. fgg. Vinnii qu. sel. L. 1. c. 28. Besonders Molinaeus de divid. et individuis (Opp. T. 2.). Pothier des obligat. Ed. Hutteau T. 1. p. 202—242. A. C. H. Backer de obligationibus dividuis et individuis. Lugdun. Bat. 1822. J. Rubo Erkl. der L. 2. 3. 4. 85. de V. O., oder über Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen. Berlin 1822. (In der letzten Schrift ist S. 33. das Compendium mifsverstanden).

d) L. 8. de R. V. (6. 1.) L. 25. §. 1. de V. S. (50. 16.) L. 17. de servit. (8. 1.) L. 42. 43. de hered. instit. (28. 5.) L. 5. §. 15. commod. (13. 6.) L. 2. 3. 4. 85. de V. O. (45. 1.) L. 29. de solutt. (46. 3.).

§. 264.

6) selbstständige und Nebensachen. Zu den letzten gehören:

In Verhältniſs zu einander betrachtet, sind die Sachen entweder **selbstständige** *(principales)*, welche sich nicht als Theil auf eine andere beziehen, oder solche, welche sich als **Nebentheil** *(accessio, caussa, caussa externa)* zu einer andern verhalten. Zu den letzten sind zu zählen alle Zubehörungen, alle Verwendungen zum Behuf einer Sache, alle Früchte, so wie Schadensersatz und Interesse e). In Rücksicht solcher Nebentheile ist hier die, freilich hin und wieder Ausnahmen leidende, wichtige Regel zu bemerken, daſs der, welcher auf Herausgabe einer selbstständigen Sache mit ihren Nebentheilen belangt werden könnte, wegen der letzten nicht weiter in Anspruch genommen werden darf, wenn die Haupt-Klage erloschen ist f), und seine Verpflichtung, Nebentheile zu restituiren, nicht auf einem selbstständigen Rechtsgrunde beruht g).

§. 265.

A) Pertinenzen.

Zubehörungen *(pertinentiae)* sind alle Nebentheile, welche, auch wenn nichts darüber bestimmt ist, dem zufallen, welcher eine andere Sache erhält. Es gehören dahin 1) alle Gerechtigkeiten, wie es in dem Begriff derselben liegt, welche jedem Besitzer einer Sache als solchem beygelegt sind. 2) Alle Sachen, welche nach dem Obigen zwar nicht an sich, aber doch im juristischen Sinn als unbewegliche zu betrachten sind im Verhältniſs zu den wirklich unbeweglichen, und sodann natürlich analogisch Alles, was zu beweglichen Sachen und Pertinenzen in gleichem Verhältniſs steht h). Daſs das, was nicht als Theil zur Vollendung einer Sache gehört, aber doch von dem bisherigen Besitzer dazu be-

e) Tit. D. de usuris, et fructibus, et caussis, et omnibus accessionibus (22. 1.) L. 20. de R. V. (6. 1.) L. 31. de R. C. (12. 1.).

f) L. 3. C. de fruct. et lit. expens. (7. 51.) L. 13. C. de usur. (4. 32.) L. 49. §. 1. de act. emt. vend. (19. 1.). Leyser Sp. 99. m. 8. Carpzov L. 2. resp. 79. m. 18. I. C. Bellmann de effectu sententiae ad omissa in restitutt. fructuum, expensarum et usurarum. Goett. 1751. Köchy Meditat. 1. Samml. n. 24. Archiv für civilist. Praxis. 1. B. 2. Hft. nr. 17.

g) L. 75. §. 9. de V. O. (45. 1.). L. 61. §. 3. de furtis (47. 2.). Glück Comm. §. 331. a. E.

h) L. 49. de contr. emt. (18. 1.) L. 44. de evict. (21. 2.) L. 12. §. 6. de instructo (33. 7.). Berger oecon. L. 2. Th. 2. n. 7.

stimmt ist, stets bey derselben zu bleiben, gleichfalls Pertinenz sey, läfst sich nicht erweisen, sofern nicht die Willensbestimmung, als einseitige Disposition an sich bindend ist. Auch können Gesetze die Eigenschaft einer Pertinenz begründen i). Für die Pertinenzeigenschaft streitet natürlich eben so wenig die Vermuthung k), als für die absolute Unzertrennlichkeit von der Hauptsache l).

§. 266.

B) Verwendungen.

Verwendungen sind von doppelter Art, Theils solche, welche in eine Sache verwandt *(impensae)*, Theils solche, welche blofs zum Zweck derselben, nicht auf sie selbst gemacht werden *(expensae)* m). In ihren Folgen können sie vortheilhaft seyn, oder nicht, und zwar im ersten Fall nothwendige, wenn sie zur Erhaltung der Sache dienen n), nützliche, wenn sie den gewöhnlichen reellen Ertrag o), und zierende *(voluptuariae*, oder wollüstige, Falls man diesen Ausdruck besser hält), wenn sie blofs die Annehmlichkeit der Sache erhöhen p). Nach Umständen können die letzten auch in die zweyte Classe gehören q).

§. 267.

C) Früchte.

Unter einer Frucht *(fructus)* im eigentlichen Sinn versteht man alles dasjenige, was aus einer Sache im strengsten Sinn durch die Kräfte derselben erzeugt ist, es mag nun das gewöhnliche Product derselben seyn *(fructus ordinarius)*, oder nicht *(fructus extraordinarius)* r). Was nicht aus einer Sache er-

i) I. H. Berger de iur. pertinentiar. Vit. 1687. C. F. Hommel Pertinenz und Erbsonder. Register. Leipz. 1773. 1788. u. 1791. E. C. Westphal v. den Pertinenz-St. eines verk. Hauses. Hal. Anz. 1774. V. I. Beselin theor. gen. de pertinent. Goett. 1782. Gesterding neue und alte Irrthümer S. 301—390. G. L. Funke doctr. de pertinentiis aedificiorum immediatis. Lips. 1824. A. M. ist zum Theil Glück Comment. 8. B. S. 251.

k) S. Stryk de probat. pertinentiarum. Frkf. ad V. 1688. in Diss. Vol. 4. n. 3.

l) Leyser spec. 100. 101.

m) I. G. a Saavedra de expens. et meliorat. Marb. 1601.

n) L. 1. §. 1. L. 14. pr. de imp. in rem dot. (25. 1.) L. 79. pr. de V. S. (50. 16.).

o) L. 14. §. 1. de imp. in rem dot. (25. 1.) L. 79. §. 1. de V. S. (50. 16.).

p) L. 79. §. 2. de V. S. (50. 16.) L. 7. pr. L. 14. §. 2. de imp. in rem dot. (25. 1.). Vergl. auch Pfizer von der Collation §. 255.

q) L. 28. 29. 38. de R. V. (6. 1.).

r) L. 77. de V. S. (50. 16.).

zeugt ist, wie der Schatz, oder nicht aus einer Sache im engsten Sinn, wie ein Sklavenkind, gehört nicht unter die Rubrik der Früchte s).

§. 268.

Fortsetzung. Kommen Früchte durch sich selbst hervor, ohne daſs es zu ihrer Erzeugung eines menschlichen Kunstfleiſses bedarf, so heiſsen sie bloſs natürliche (*mere naturales*), im entgegengesetzten Fall werden sie künstliche (*industriales*) genannt t). So lange eine Frucht in beiden Fällen noch nicht von der Hauptsache getrennt ist, heiſst sie eine hängende (*pendens*) u). Die abgesonderten theilt man wieder in getrennte (*separatos*) und gesammelte (*perceptos*). Unter den letzten versteht man die, welche schon durch irgend ein Factum in die Gewalt dessen gekommen sind, welcher sie erwerben soll; unter jenen alle, welche ohne dieſs getrennt sind x); doch wird bey den Früchten, welche, wie z. B. junge Thiere, nicht durch Menschenhände getrennt zu werden pflegen, das bloſse Getrenntseyn dem Einsammeln gleichgesetzt y). Befinden sich gesammelte Früchte noch im Besitz einer Person, so heiſsen sie vorhandene (*exstantes*), wenn sie hingegen von ihr verbraucht, also auch weggegeben sind, verzehrte (*consumti*) z). Hat der Besitzer einer Sache keine Früchte gezogen, welche der, dem die Sache gehört, oder welche er selbst hätte ziehen können, so nennt man dieſs vernachlässigte Früchte (*percipiendos*) a).

S. überh. M. Lugnez de fructib. Lugd. 1702. F. Gallus de fruct. Genev. 1721. Wolffradt D. (praes. G. L. Boehmer) sistens theor. general. de acquis. fruct. Goett. 1783. Sect. 1.

s) §. 37. I. de rer. div. (2. 1.) L. 7. §. 12. solut. matrim. (24. 3.) L. 28. §. 1. de usuris (22. 1.). Meine civil. Abh. S. 35. 36.

t) L. 45. de usur. (22. 1.) L. 48. pr. de A. R. D. (41. 1.).

u) L. 44. de R. V. (6. 1.) L. 27. pr. de usufr. (7. 1.).

x) L. 78. de R. V. (6. 1.) L. 13. quib. mod. usufr. amit. (7. 4.) L. 12. §. 5. de usufr. (7. 1.) L. 48. pr. de A. R. D. (41. 1.). Perennonius animadv. L. 1. c. 5. (Otto Thes. T. 1. p. 597. fgg.).

y) L. 28. pr. de usur. (22. 1.). Cocceii I. C. L. 7. T. 1. qu. 9. A. M. ist mit Manchen Wening C. R. 2. B. §. 121.

z) L. 22. §. 2. de pignor. act. (13. 7.) L. 11. §. ult. L. 14. L. 19. §. 1. de R. C. (12. 1.) L. 22. C. de R. V. (3. 32.).

a) L. 33. L. 62. §. 1. de R. V. (6. 1.) §. 2. I. de offic. iud. (4. 17.). Weber in d. Not. zu Höpfner §. 333. not. *.

§. 269.

Fortsetzung. Was nicht aus einer Sache erzeugt ist, sondern was man für den, einem Andern gestatteten Genufs einer Sache, oder dafür, dafs man durch denselben des Genusses einer Sache beraubt ist, erhält, kann eigentlich keine Frucht genannt werden; doch stellt man solche Vortheile juristisch den Früchten gleich, und unterscheidet sie dann von diesen, welche man bey diesem Gegensatz natürliche *(naturales)* nennt, durch den Ausdruck bürgerliche Früchte *(civiles)* b). Auf solche bürgerliche Früchte passen die im vorigen §. aufgestellten Eintheilungen nicht; doch hat man es als Regel angenommen, dafs, wenn Jemand gegen Entrichtung bürgerlicher Früchte natürliche geniefst, jene in Rücksicht dessen, welcher sie empfangen soll, als *percepti* anzusehen sind, sobald der Inhaber der Sache die natürlichen wirklich percipirt hat c).

§. 270.

Fortsetzung. Zu den bürgerlichen Früchten gehören besonders Pacht- und Miethgelder, und Zinsen. Ueber die ersten ist hier nichts zu erinnern: sehr wichtig ist dagegen die Lehre von den Zinsen; doch läfst sich diese nicht eher deutlich machen, als bis die folgenden Grundsätze über Schadensersatz und Interesse entwickelt sind.

§. 271.

D) Schadensersatz, und Schaden *(damnum)* überhaupt heifst die Verringerung des Vermögens einer Person d). Wird das gegenwärtige Vermögen derselben ver-

b) L. 62. pr. de R. V. (6. 1.) L. 34. de usuris (22. 1.) L. 121. de V. S. (50. 16.).

c) L. 26. L. 58. pr. de usufr. (7. 1.). Voet Comm. L. 7. T. 1. §. 30. L. 18. Tit. 7. §. 9.

d) Ueber die Lehre vom Schadensersatz und Interesse S. bes. I. M. Magnus de eo quod interest. (Meermann Thes. T. 3. p. 294.). G. de Gast C. in Tit. C. de sentent. quae pro eo quod interest. (Meermann Thes. T. 6. p. 762.). G. Castiani de eo quod interest (Meermann T. 7.). H. Donellus ad leg. Iustiniani de sent. quae pro eo quod interest profer. s. liber de eo quod interest. 1596. auch in dess. Comm. L. 26. G. Masii tr. de rei debitae aestimat. Lovan. 1653. C. Vallii lib. sing. ad L. un. C. de sent. quae pro eo quod interest (Otto Th. T. 1.). N. C. Lynker de eo quod interest. Ien. 1691. P. W. Schmidt de lucro cessante et damno emergente. Ien. 1763. Wehrn doctr. explicatrix principior. damni etc. cap. 1. 6. I. F. Malblanc obs.

ringert, so nennt man ihn einen positiven Schaden *(d. emergens, positivum)*; einen negativen *(d. negativum, lucrum interceptum, s. cessans)* hingegen, wenn der Person die Erlangung eines Gewinns unmöglich gemacht wird [e]).

§. 272.

Interesse. Interesse im weitesten Sinn heifst Alles, was Jemandem angenehm ist [f]); im gewöhnlichen Sinn aber begreift es den ganzen positiven und negativen Schaden [g]), wiewohl die Römer zuweilen auch nur das dadurch bezeichnen, was Jemand aufser dem Werth der Hauptsache *(vera rei aestimatio, quanti ea res est)* fodern kann [h]), oder nur den positiven Schaden [i]).

§. 273.

Arten beider. Man kann die Gröfse des Schadens und des Interesse nach einem doppelten Maafsstabe bestimmen, entweder nach der gemeinen Meynung (dem Marktpreise), oder nach den besonderen, individuellen Gefühlen (Affectionen) des Beschädigten [k]). In jenem Fall nennt man das Interesse das gemeine *(commune)*, in diesem das besondere *(singulare)*; doch verbinden Manche mit diesen Ausdrücken andere Begriffe [l]). In der Regel können bey allen Arten der Sachen Affectionen stattfinden, selbst bey fungibilen [m]), sofern sie nämlich Jemand nicht in der Gattung zu fodern hat [n]).

quaedam de eo quod interest. Tub. 1801. F. Hänel vom Schadensersatze. Leipz. 1823.

e) L. 3. de damn. inf. (39. 2.) §. 10. I. de leg. Aquil. (4. 4.) L. 2. rat. rem. haber. (46. 8.) L. 2. C. si quis aliquem testar. proh. (6. 34.) L. 2. §. 11. 12. ne quid in loco publico. (43. 8.).

f) L. 19. ad exhib. (10. 4.).

g) L. 21. 22. 33. ad L. Aquil. (9. 2.).

h) L. 179. L. 193. de V. S. (50. 16.) L. 1. §. 20. de tutel. et rat. distr. (27. 3.). Malblanc §. 4. 5.

i) L. 71. §. 1. de furt. (47. 2.).

k) L. 33. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 54. pr. mandat. (17. 1.) L. 1. pr. de act. e. v. (19. 1.) L. 63. pr. ad L. Falc. (35. 2.). G. C. Kütemeier de rebus inaestimabilibus. Lugd. B. 1714.

l) Vergl. Wehrn a. a. O. §. 55. §. 65. not. 12.

m) Das Gegentheil behauptet C. Thomasius de pret. affect. in res fungib. non cadente. Hal. 1701. cap. 1. §. 25. fgg.

n) Aufser dem, was die Natur der Sache lehrt, können aus der Regel: genus cum genere compensandum, die stärksten Beweise hiefür entlehnt werden.

§. 274.

Fortsetzung.

In Rücksicht der bewirkenden Ursachen ist der Schaden entweder I) ein zufälliger *(casuale)*, welcher durch unabwendliche Naturkräfte in, oder außer dem Menschen veranlaßt ward o), oder II) ein freyer *(non casuale s. liberum)*. Wird der letzte, durch die erlaubte Ausübung eines Rechts verursacht p), so heißt er ein gerechter *(indirectum)*, wenn aber 2) das Gegentheil stattfand, ein ungerechter *(d. directum, s. iniuria datum)*. Im letzten Fall beruht entweder A) die schädliche freye Handlung nicht auf Nachlässigkeit, oder Arglist; dann heißt der Schaden ein freyer unverschuldeter *(d. liberum nec dolosum, nec culposum)*; oder B) er ist durch eines von beiden veranlaßt. Ist er in diesem Fall a) lediglich durch Arglist oder Nachlässigkeit bewirkt, so nennt man ihn den absolut directen Schaden *(d. directum absolutum, mere culposum, mere dolosum)*; sind hingegen b) beide nur die entfernte Ursache und *conditio sine qua non* desselben q), so wird er ein vermischter *(mixtum)* genannt.

§. 275.

Grundsätze.

Die Lehre vom Schadensersatz und von der Leistung des Interesse enthalten folgende Hauptsätze: I) Wer überhaupt das Interesse zu leisten hat, braucht nur den Schaden zu ersetzen, welcher eine gewisse, nothwendige, und von dem Andern nicht zu vermeidende Folge seiner widerrechtlichen Handlung *(damnum ex re)* r), nicht aber einen Gewinn, welcher bloß möglich, und einen Schaden, welcher vermeidlich war *(damnum extra rem datum)* s). II) Das Interesse darf jetzt in allen

o) L. 5. §. 2. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 20. commod. (13. 6.). Averan. int. L. 2. c. 26.

p) L. 5. pr. L. 31. in f. L. 45. §. 4. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 7. §. 4. quod vi aut clam (43. 24.).

q) S. z. B. L. 48. §. 4. de furt. (47. 2.) L. 30. de pignor. act. (13. 7.) L. 11. §. 1. locat. (19. 2.).

r) §. 10. I. de L. Aquil. (4. 3.) L. 3. si quadrupes (9. 1.) L. 7. L. 23. pr. §. 2. ad L. Aquil. (9. 2.) L. ult. de his qui effud. (9. 3.) L. 11. ad exhib. (10. 4.) L. 3. de condict. furt. (13. 1.) L. 13. pr. de act. e. v. (19. 1.) L. 19. de usur. (22. 1.) L. 35. pr. de legat. III. (32.) L. 78. de R. I. (50. 17.).

s) L. 19. de peric. et comm. r. v. (18. 6.) L. 21. §. 3. de act. E. V. (19. 1.) vergl. mit L. 2. §. 8. de eo quod certo loco (13. 4.). Donellus comment. L. 26. c. 23. Seuffert Erört. einz. Lehren nr. 20. Verschiedene abweichende Ansichten s. in Vaudius quaest. L. 2. qu. 8. Pfeiffer vermischte Aufsätze. 1803. n. V.

Fällen, da der Verletzte auf ein gewisses, bestimmtes Object Anspruch hat, nicht über den doppelten gemeinen Werth desselben gefodert werden, sofern die Schuld nicht aus einem Verbrechen entsprang t). Man sucht indeſs häufig diese dunkle Vorschrift auf alle Weise einzuschränken u). III) Die Verpflichtung zur Erstattung des Werths einer Sache entspringt aus allen gewöhnlichen Hauptquellen der Verbindlichkeiten, nämlich aus *dolus*, *culpa*, daher auch aus *mora*, und aus Verträgen x). Es braucht also Niemand für den indirecten y), oder den, durch seine zufälligen, oder freyen schuldlosen Handlungen verursachten Schaden einzustehen z). Verpflichten ihn im letzten Fall die Gesetze zur Entschädigung, so braucht er in der Regel nur den Werth des Objects zu leisten *). IV) Der vermischte Schade ist dem absolut directen juristisch völlig gleichzusetzen a). V) Aus einem arglistig oder *culpa lata* verursachten Schaden entspringt nach der gemeinen Meynung die Verbindlichkeit zur Leistung des besonderen, aus einer geringeren Schuld bloſs die Verpflichtung zur Leistung des gemeinen Interesse b), wiewohl man eigentlich die Affec-

Schöman vom Schadensersatz 2. B. S. 84—142. Gesterding Nachforschungen 1. Thl. S. 3—27.

t) L. un. C. de sentent. quae pro eo quod interest (7. 47.).

u) Vergl. z. B. Wehrn l. c. §. 56. 61.

x) L. 45. de contr. emt. (18. 1.) L. 25. §. 2. ad SCt. Treb. (36. 1.) L. 2. §. 8. de eo quod certo loco (13. 4.) L. 1. pr. de act. e. v. (19. 1.) L. 13. pr. ratam rem hab. (46. 8.).

y) L. 26. de damno infect. (39. 2.) L. 3. §. 7. de incend. ruin. naufr. (47. 9.) L. 9. §. 1. de condict. causs. dat. causs. non sec. (12. 4.). Vergl. jedoch mit L. 9. §. ult. L. 31. ad L. Aquil. (9. 2.).

z) L. 60. de R. V. (6. 1.) L. 5. §. 2. L. 7. §. 2. L. 30. §. 3. ad L. Aquil. (9. 2.) L. ult. in f. de administr. et peric. tutor. (26. 7.). Meine Vers. 2. B. S. 209—214. A. M. ist aufs neue I. F. A. Diedemann obs. iur. civ. de damno et pauperie. Lips. 1804. cap. 1. Schöman Handb. 1. B. S. 202—204.

*) L. 2. §. 4. de leg. Rhodia (14. 2.) L. 74. §. 1. de evict. (21. 2.) L. 25. §. 2. ad SCt. Treb. (36. 1.).

a) L. 15. de vi et vi arm. (43. 16.) L. 48. §. 4. de furt. (47. 2.) L. ult. de condict. furtiv. (13. 1.) L. 13. de negot. gest. (3. 5.) L. 11. §. 1. locat. (19. 2.).

b) Man beruft sich besonders auf L. 68. de R. V. (6. 1.) L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. de in litem iureiur. (12. 3.) L. 16. §. 3. de pignor. (20. 1.) L. 40. pr. de damno infect. (39. 2.) L. 54. pr. mandati (17. 1.) L. 2. C. de in lit. iureiur. Thomasius Diss. cit. cap. 3. Zum Theil andre Ideen hat Wehrn l. c. §. 64. Glück Comm. §. 333. nr. 2. S. dawider Schöman vom Schadensersatz 2. B. S. 90—95.

tionen nie in Betracht ziehen c), und den Unterschied blofs darin setzen sollte, dafs, im Fall der Arglist und grober Versehen, der Beweis des (gemeinen) Interesse durch den Eid des Verletzten, sonst aber zunächst nur durch andere Beweismittel geführt werden kann d). Doch versteht es sich, dafs dem Verletzenden nach den Grundsätzen über die *culpa* überhaupt dieser Grad des Versehens mufs imputirt werden können. VI) Für den, durch einen Dritten verursachten Schaden haftet Niemand, es sey denn, dafs er verpflichtet und zugleich im Stande war, ihn abzuhalten, oder dafs er den Dritten auf eine schuldvolle Art dazu reizte e).

§. 276.

Ueber die condictio triticiaria.

Es ist eine sehr gemeine Behauptung, dafs bey *stricti iuris* Geschäften das Interesse ursprünglich nicht habe gefodert werden können, dafs aber später unter dem Namen *condictio triticiaria* eine eigne Klage zu diesem Zweck gestattet sey f). Am wahrscheinlichsten ist aber die Meynung, dafs das: *triticiaria*, blofs andeutete, eine *condictio* gehe nicht auf eine gewisse Geldsumme, sondern einen andern Gegenstand g). Uebrigens ist der ganze Streit unpraktisch, weil jetzt aus der Natur jedes Geschäfts auf das Interesse geklagt werden kann, und auf die Bezeichnung der Klage durch ein Kunstwort nicht mehr gesehen wird h).

c) L. 33. ad Leg. Aquil. (9. 2.). Corasius misc. cap. 6. misc. 1. F. L. Wirschinger über das iuramentum in litem. Landshut 1803. §. 66. 68. 82. 83. Drummer Theorie des Würderungseides. 1806. S. 30. fgg. A. M. ist Schöman vom Schadensersatz 2. B. S. 154. Glück Comm. 12. Bd. S. 422—436. Gesterding Nachforsch. 1. Th. S. 27—44.

d) L. 4. §. 4. L. 5. §. 3. de in lit. iur. (12. 3.) L. 2. C. eod. (5. 53.).

e) L. 5. §. 13. L. 19. 20. commod. (13. 6.) L. 41. locat. (19. 2.) L. 31. pr. de act. emt. (19. 1.) L. 20. commun. divid. (10. 13.). Wehrn §. 2. Voet Comm. L. 10. T. 3. §. 4.

f) Ueber die verschiedenen Theorien s. Noodt Comm. L. 13. T. 3. Leyser Sp. 150. Westenberg de causs. obl. Diss. 7. c. 5. Wachendorf de cond. tritic. (in triad. Diss. Trai. 1730.). Strauch und Stryk de eod. argum.

g) L. 1. de cond. trit. (13. 3.). Vergl. mit L. 12. de novat. (46. 2.). Thomasius ad Huber L. 13. T. 3. §. 1. Cocceii I. C. L. 13. T. 3. qu. 1. Pufendorf T. 2. Obs. 41. Glück Comm. 13. Bd. §. 843. Gans Obligationenrecht S. 50—56. 65—80. 85—88. Rubo Erklär. der L. 2. 3. 4. 85. de V. O. Berlin 1822. S. 22—32. 54—87.

h) Cocceii l. c. qu. ult.

§. 277.

E) Zinsen.

Unter Zinsen (*usurae*) versteht man dasjenige, was Jemand für den gehabten, oder den, einem Andern entzogenen Gebrauch einer Quantität fungibiler Sachen nach einem allgemeinen, vertragsmäſsig oder gesetzlich bestimmten Maaſsstabe in gleichen Sachen als Wiedervergeltung, oder Entschädigung zu erlegen schuldig ist [i]).

§. 278.

a) Grund derselben.

Hätten wir keine besonderen positiven Gesetze über die Zinsen, so würde man behaupten müssen, daſs aus eben den Gründen, welche überhaupt Verbindlichkeiten erzeugen, die Verpflichtung, Zinsen zu zahlen, entspringe, und daſs bey bedungenen Zinsen in Rücksicht des Maaſses Alles auf den Vertrag ankomme. Allein das Mosaische und Kanonische Recht verbieten im Ganzen, Zinsen zu bedingen [k]); und wenn man jetzt sich weder an jenes, noch dieses hält, sondern an die Vorschriften des Römischen Rechts, und der Reichsgesetze; so sind doch auch durch diese, sowohl in Ansehung des Ursprungs, als in Betreff der Gröſse der Zinsen mehrere singulaire Vorschriften aufgestellt, welche eine genauere Erörterung verdienen.

§. 279.

Entstehungsgründe der Zinspflicht.

Die Gründe der Zinszahlung [l]) sind I) alle gewöhnlichen Gründe der Verbindlichkeiten, also 1) Verträge (*usurae conventionales*); doch konnte man bey den Römern in ihrer Natur nach unentgeltlichen Geschäften durch ein *pactum adiectum* in der Regel nicht vollgültig Zinsen versprechen [m]); 2) unerlaubte Handlungen (*usurae punitoriae*). Aus diesem Grunde können A): *stricti*

i) L. 13. §. 20. de act. e. v. (19. 1.) L. 3. §. 4. L. 17. §. 8. h. t. (22. 1.) L. 23. 25. C. h. t. (4. 32.). S. bes. C. Salmasius de modo usurar. Lugd. Bat. 1638. I. F. Gronovius de usuris centesimis et foenor. unciar. ibid. 1671. G. Noodt de foenore et usur. (in opp. T. 1.).

k) Vergl. I. H. Boehmer I. E. P. L. 5. Tit. 19. I. D. Michaelis de mente et ratione legis Mos. usur. prohibente. Erf. 1746.

l) S. überhaupt A. D. Weber Vers. über das Civ. R. n. III.

m) L. 3. C. de usur. (4. 32.). Weber a. a. O. §. 4. Die Ausnahmen enthalten L. 5. §. 1. L. 7. de nautico foenore (22. 2.) L. 30. h. t. (22. 1.) L. 12. 23. C. h. t. (4. 32.) Nov. 136. c. 4. 5. Noodt L. 3. c. 2.

iuris negotia abgerechnet n), von jedem säumigen Schuldner Zinsen (*usurae morae*) gefodert werden o); B) von Jedem, welcher einem Andern widerrechtlich den Gebrauch seines Geldes entzieht p), oder C) fremde, von ihm zu verwaltende Capitalien vernachlässigt q), oder endlich D) fremde Gelder unbefugt zu seinem Nutzen verwendet r). Aufserdem entsteht 3) auch ohne Vertrag oder Verbrechen nach gemeinem Recht die Pflicht zur Zinszahlung A) aus Pollicitationen s); B) aus testamentarischen Dispositionen t); C) aus der nützlichen Geldverwendung zum Vortheil eines Andern, sofern man das Geld nicht zur Verwendung herleihet, sondern selbst verwendet u), und endlich D) wenn man zwar nicht auf unerlaubte Art, aber doch einseitig von fremden Geldern, deren Nutzen man sich nicht zueignen darf, Zinsen zieht x). II) Nach singulairen Rechtsvorschriften können 1) Minderjährige bey jeder aufgeschobenen Zahlung ihres Schuldners, auch wenn demselben gar kein Verzug zur Last fällt, gewöhnliche Zinsen fodern y); 2) der Fiscus hat das Vorrecht, dafs er auch ohne Vertrag 6 Procent fodern kann, dafs er hingegen keine Zinsen zu erlegen braucht, wenn er nicht in die Zinspflicht eines Andern als Nachfolger eintrit z). Ferner mufs 3) der Käufer einer, ihm vollständig, ohne Creditirung des

n) L. 22. de donat. (39. 5.). Noodt L. 3. c. 12. Jetzt fällt sowohl diefs, als das, worauf sich not. m. bezieht, weg. Grafs Collat. iur. R. Sect. 6. I. F. Hombergk zu Vach de usur. in contract. strict. iur. sec. rec. imp. de A. 1600. §. 139. Marb. 1730.

o) L. 24. depos. (16. 3.) L. 32. §. 2. h. t. (22. 1.).

p) Arg. L. 33. pr. ad L. Aquil. (9. 2.). Leyser spec. 244. m. 5.

q) L. 19. §. 4. de neg. gest. (3. 5.) L. 7. §. 3. L. 10. L. 15. L. 58. §. 1. de admin. tutor. (26. 7.).

r) L. 38. de neg. gest. (3. 5.) L. 28. in f. depos. (16. 3.) L. 10. §. 3. mandat. (17. 1.) L. 1. §. 1. h. t. (22. 1.) L. 7. §. 10. 12. de admin. et per. tut. (26. 7.) L. 1. C. de usur. pup. (5. 56.).

s) L. 10. de pollic. (50. 12.).

t) L. 3. §. 6. de ann. legat. (33. 1.).

u) L. 2. L. 19. §. 4. de neg. gest. (3. 5.) L. 12. §. 9. mandat. (17. 1.) L. 67. §. 2. pro socio (17. 2.) L. 3. §. 1. 4. de contrar. tut. act. (27. 4.) Vergl. mit L. 10. §. 5. de in rem verso (15. 3.).

x) L. 19. §. 4. pr. de negot. gest. (3. 5.) L. 10. §. 3. mandat. (17. 1.).

y) L. 87. §. 1. de leg. 2. (31.) L. 3. C. in quib. causs. in int. rest. non est nec. (2. 41.) L. 5. C. de act. e. v. (4. 49.). Weber a. a. O. §. 3. Doch machen Viele hier die Ausnahme: wenn der Schuldner des Minderjährigen die Schuld nicht kannte. C. F. A. Weber de praerogativa minorum quoad usuras. Ien. 1784. §. 8. Müller ad Leyser. Obs. 439.

z) L. 17. §. 5. 6. h. t. (22. 1.).

Preises, übergebenen Sache vom Augenblick der Uebergabe bis zur Zahlung, oder gehörigen Deposition des Preises, denselben verzinsen, auch wenn ihm gar keine *mora* zur Last fällt a). 4) Aus der zehnjährigen Verzinsung eines an sich unstreitigen Capitals entsteht, wenigstens nach der Meynung Vieler, die Verpflichtung, ferner diese Zinsen zu zahlen b). 5) Von schuldigen Früchten einer zu restituirenden Hauptsache erlegt man dagegen, die Erbschaftsklage in Ansehung der vor der Einlassung gezogenen Früchte abgerechnet, keine Zinsen c). Alle diese Arten der Zinsen, mit Ausnahme der, unter I. 1. 2. erwähnten, pflegt man *usuras legales* zu nennen.

§. 280.

b) Maafs. Das Maafs der Zinsen kann durch Verträge, oder andre rechtliche Normen bestimmt werden. Geschieht es durch unabänderliche Gesetze, so nennt man die, welche das Maafs nicht übersteigen, gesetzmäfsige *(legales, legitimas)*, die aber, welche darüber gehen, widerrechtliche *(illicitas, mordentes)*. Ist hingegen das Maafs durch Gewohnheiten oder auf andre Art, aber nur für zweifelhafte Fälle, bestimmt: so nennt man sie landesübliche. Bey vertragsmäfsigen Zinsen kann das Maafs bestimmt, oder unbestimmt ausgedrückt werden. Ist das Letzte geschehen, so sind landesübliche Zinsen zu zahlen d), so wie die versprochenen Zinsen auch über die Zeit des Anlehns zu entrichten sind, wenn der Gläubiger dem Schuldner über die bestimmte Zeit das Capital in Händen läfst e).

a) L. 13. §. 20. 21. de act. e. v. (19. 1.) L. 5. C. eod. (4. 49.) L. 18. §. 1. h. t. (22. 1.) L. 2. C. eod. (4. 32.) vergl. mit H. Bodinus de usuris pretii non soluti. Hal. 1703. G. W. Dinkler termin. a quo usurae pretii tardius soluti currant. Lips. 1715. Struben 4. B. 102. Bed. Pufendorf T. 3. Obs. 170. Voet L. 22. T. 1. §. 19. Müller ad Leyser Obs. 437. A. D. Weber a. a. O. §. 7.

b) Man beruft sich vorzüglich auf L. 6. pr. §. 1. h. t. (22. 1.) vergl. mit L. 7. C. eod. (4. 32.) L. 28. C. de pact. (2. 3.). Ueber die verschiedenen Ideen s. Leyser Sp. 143. m. 7. 8. und Wernher lect. comm. L. 22. T. 1. §. 9. Zoller de praesumtione mutui ex solutione usurarum petenda. Lips. 1776. Gesterding alte und neue Irrthümer nr. 1. Glück Erl. d. Pand. 21. B. S. 50—58.

c) L. 15. h. t. (22. 1.) vergl. mit L. 51. §. 1. de hered. pet. (5. 3.) L. 18. de his quae ut indign. (34. 9.). Noodt L. 2. c. 12.

d) L. 34. de R. I. (50. 17.). Voet Comm. L. 22. T. 1. §. 8.

e) Arg. L. 13. §. ult. locat. (19. 2.). Carpzov P. 2. C. 30. def. 5.

§. 281.

Verbotene Procente.

Die erste und wichtigste gesetzliche Beschränkung in Ansehung des Maafses der Zinsen besteht in der Vorschrift, dafs nur gewisse Procente bedungen werden können, und dafs der, welcher aus andern Gründen Zinsen erlegen mufs, gleichfalls nicht mehr, als gewisse Procente zu zahlen braucht. Das neueste Römische Recht enthält I) in Betreff bedungener Zinsen die Vorschriften: *personae illustres* können sich nur 4, Kaufleute 8, alle Uebrigen 6 Procent bedingen; 12 Procent sind nur erlaubt, wenn Jemand die Gefahr eines über See geliehenen Capitals *(pecunia traiectitia)* während der Reise, oder in andern mifslichen Lagen [f]) gegen Zinsen *(nauticum foenus)* übernimt, oder wenn Jemand andere fungibile Sachen, als Geld schuldig ist [g]). Hienach machen also 6 Procent die Regel für die Conventionalzinsen, selbst in Rücksicht des Fiscus [h]). II) Zur Strafe verwirkte, und andere Arten der Zinsen betragen in der Regel 6 vom Hundert [i]); doch kann der, welcher Zinsen zur Strafe zu fodern befugt ist, mehr erhalten, wenn er beweist, dafs sein Interesse sich höher beläuft [k]), auch ist es ihm, da kein Gesetz im Wege steht, nach mifslungenem Beweise des Interesse noch immer unverwehrt, die gesetzlichen Zinsen zu fodern [l]). Nach besonderen Vorschriften des Codex, wodurch jene allgemeine Regel des Codex restringirt werden mufs [m]), können ausnahmsweise 12 Procent gefodert werden 1) von dem, welcher 4 Monate vom Tage der Publication oder Bestätigung einem rechtskräftigen Urtheil nicht Folge leistet [n]), so wie 2) von dem, welcher nicht vergütet, was ein Andrer auf eine gemeinschaftliche Sache ver-

f) L. 5. de naut. foen. (22. 2.). Noodt L. 2. c. 7. Stryk U. M. P. L. 22. T. 2. §. 2. Ueberh. M. H. Hudtwalker de foenore nautico Romanorum. Hamb. 1810.

g) L. 23. L. 26. §. 1. C. de usur. (4. 32.). Noodt L. 2. c. 8.

h) L. 3. C. de fisci usur. (10. 8.).

i) L. 26. §. 1. C. cit.

k) L. 3. de in lit. iureiur. (12. 3.). A. M. ist Malblanc de eo quod interest. Tub. 1801. §. 8.

l) Stryk cautel. contr. S. 2. c. 1. §. 26. A. M. ist Lauterbach coll. L. 22. T. 1. §. 25. Hofacker princ. iur. R. G. T. 3. §. 1848.

m) Zufolge Nov. 158. pr. Irrig ist es daher, wenn Manche mit Voet L. 22. T. 1. §. 2. durch L. 26. C. cit. alle singulairen Vorschriften als aufgehoben ansehen. I. Strauch de centes. usur. Ien. 1672. pag. 51. 52.

n) L. 2. 3. C. de usur. rei iudic. (7. 54.).

wandt hat o), endlich 3) nach dem, gleichfalls nicht aufgehobenen Recht der Pandekten von jedem nicht durch Vertrag bestellten Verwalter fremder Geschäfte, welcher arglistig und eigenmächtig die Gelder des Andern zu seinem Nutzen verwandte p).

§. 282.

Fortsetzung. Die Reichsgesetze enthalten als immerwährende Bestimmung bloſs die Vorschrift, daſs der Käufer einer jährlichen Rente, welche im Zweifel von Seiten des Käufers unablöslich seyn solle, sich für ein gegebenes Capital nicht mehr als 5 vom Hundert bedingen dürfe q), und daſs im Darlehn, den Beweis eines höheren Interesse vorbehältlich, eben so viel Verzugszinsen gegeben werden sollen r). Für die, im 30jährigen Kriege entstandenen Schulden ist jener Maaſsstab allgemein festgesetzt s). Dehnt man jene erste Vorschrift in Betreff jährlicher Renten nicht, wie es noch am natürlichsten ist, auf alle bedungenen Zinsen durch das *argumentum ab absurdo* aus: so muſs man die Regeln aufstellen: A) bloſs bey dem Rentekauf darf man sich 5 Procent bedingen, in allen andern Fällen bleibt es beym Kanonischen Recht, also dem Verbot der Zinsen t); B) nur beym Darlehn sind die Verzugszinsen 5 vom Hundert; zur Strafe bey andern Geschäften, oder aus andern Gründen zu erlegende Zinsen sind gleichfalls dem Kanonischen Verbot unterworfen. Nimt man indeſs mit

o) L. 4. C. de aedific. privat. (8. 10.).

p) L. 54. de admin. tutor. (26. 7.) L. 38. de negot. gest. (3. 5.) L. 10. §. 3. mandat. (17. 1.). Strauch l. c. A. D. Weber a. a. O. §. 6. not. 11. Glück Erl. d. Pand. 16. B. §. 955. S. 294. 295. A. M. s. Voet l. c. §. 2. I. G. Bauer de usuris sorti imputand. vel repetendis. Lips. 1760. (op. T. 1. n. 26.).

q) Pol. O. v. 1530. T. 26. §. 8. P. O. v. 1548. T. 17. §. 8. P. O. v. 1577. T. 17. §. 9.

r) Dep. Absch. v. 1600. §. 139.

s) J. R. A. v. 1654. §. 174.

t) Ueber den, dieser Sache wegen geführten Streit, wobey man ganz vergaſs, daſs absolut cassirte Gesetze nicht ganz wieder aufleben, wenn nur ein Theil von ihnen erneuert wird, s. I. G. v. Meiern Ged. v. der Rechtmäſs. d. 6ten Zinsthlr. Hannov. 1732. (ders.) Antwort auf die sogenannte Refutat. d. Meyerschen Gedanken 1734. Hufeland Beyträge 1. Hft. n. 2. Hugo Civ. Mag. 2. B. nr. VII. Danz Handb. d. D. priv. R. 2. B. §. 204—206. Refutation der Meyerschen Gedanken. Frkf. u. Leipz. 1734. Gerstlacher Handbuch d. D. Reichsges. 10. B. S. 119. Weber über die nat. Verb. §. 65. nr. 3.

der Praxis an, daſs die Reichsgesetze 5 vom Hundert als den allgemeinen Maaſsstab für bedungene und andere Zinsen festsetzen u): so muſs man behaupten, daſs da, wo Justinian erlaubt, sich 12 oder 8 p. c. zu bedingen, und wo er 12 p. c. zu geben befiehlt, dennoch jener reichsgesetzliche allgemeine Maaſsstab anzuwenden ist, ausgenommen bey dem *nautico foenore*, weil dabey nicht von reinen Zinsen die Rede ist, die Zinsverbote als solche mithin nicht darauf einwirken können x). Viele setzen noch hinzu, daſs man bey allen, auf bloſser Liberalität beruhenden Geschäften stets mehr als 6 p. c. versprechen dürfe y).

§. 283.

Fortsetzung.

In Deutschland sind manche mit Zinsverträgen sehr ähnliche Geschäfte, z. B. die Assecuranz- und Leibrenten-Verträge, allgemein gebräuchlich geworden. Da aber das Römische Recht darüber keine Grundsätze aufstellt, und die Natur dieser Geschäfte im Deutschen Privat-Recht aus einheimischen Gewohnheiten und Statuten entwickelt wird: so ist hier nicht der Ort, weitläuftiger davon zu handeln.

§. 284.

Zinsen über das Doppelte.

Eine zweyte wichtige Einschränkung liegt in der Vorschrift, daſs aufgeschwollene Zinsen nicht über die Summe des Capitals (*ultra alterum tantum*) gefodert werden können z). Die späteren Gesetze, welche dieſs auch auf bezahlte Zinsen erstrecken, sind, als unglossirt, in Deutschland nicht an-

u) Danz a. a. O. S. 205.

x) Wider die Theorie des Compendii sind Leyser Sp. 244. m. 7. Wernher P. 6. Obs. 316. R. C. Henne de usurar. centesimar. usu hod. in casib. iur. Rom. express. Erf. 1742. Dafür aber: Lauterbach l. c. §. 23. Hellfeld iurispr. for. §. 1335. Hommel rhapsod. Obs. 718. Müller ad Leyser Obs. 438. und zum Theil Stryk U. M. P. L. 22. T. 1. §. 14. 15. Allein s. Meine civilist. Abh. S. 122—124.

y) Wernher lect. comm. L. 22. T. 1. §. 8. Müller l. c. Obs. 441.

z) L. 26. §. 1. de cond. indeb. (12. 6.) L. 9. pr. h. t. (22. 1.) L. 4. §. 1. de naut. foen. (22. 2.) L. 10. C. de usur. (4. 32.). Ueberh. I. P. de Ludwig de different. iur. R. et G. in usuris, praesert. ultra alt. tant. Hal. 1740. I. A. Tabor de altero tant. usurar. (opp. n. 6.). I. G. Langsdorf von den usuris ultra alter. tant. Mannh. 1778. I. M. Schneidt de usuris, antichresi, et reditibus annuis. Wircb. 1784. §. 26. fgg.

wendbar a). Auch leidet jene Regel eine Ausnahme, 1) nach der gemeinen Meynung, wenn Jemand Schuldner einer Stadt ist b), und 2) nach der, freilich falschen Meynung Vieler, wenn der Gläubiger im Fall des Verzugs des Schuldners beweisen kann, daſs sein Interesse sich höher, als das Doppelte belaufe c). Unbedingt zu verwerfen ist die, durch unsre angeblich eigenthümliche Verfassung, und die ehemalige reichsgerichtliche Praxis keineswegs hinlänglich unterstützte Behauptung d), daſs jene ganze Vorschrift jetzt wegfalle; so wie die, auf bloſser widerrechtlicher Billigkeit beruhende Meynung derer, welche e) glauben, man müsse wenigstens dann noch die Zinsen über das Doppelte laufen lassen, wenn dieſs nach einem rechtskräftigen Urtheil geschehe f), wenn der Schuldner in einem arglistigen Verzuge sey g), wenn er mit dem Gelde des Gläubigers eine fruchttragende Sache gekauft h), wenn er jährliche Renten (versteht sich solche, welche Zinsen sind) zu entrichten habe i), oder wenn das Gegentheil verabredet sey. Das läſst sich freilich sagen, daſs die Summe das Doppelte übersteigen kann, sofern die Zinsen, nach geschehener Zahlung und Rückzahlung, wieder Capital werden k). Allein dieſs ist keine Ausnahme von jener Regel.

§. 285.

Anatocismus. Die letzte wichtige Beschränkung ist das

a) L. 29, 30. C. de usur. (4. 32.) Nov. 121. 138. Pufendorf T. 1. Obs. 14. §. 4. Daſs überhaupt das ganze Verbot jetzt wegfalle, behauptet zwar Glück Erl. d. Pand. 21. B. S. 107—115. Allein das Kanonische Recht ging ja nicht gegen Römische Zinsverbote.

b) Es steht dieſs freilich nirgend, aber doch wird gewöhnlich dahin verstanden die unglossirte Nov. 160.

c) Müller l. c. Obs. 445. Allein s. I. B. Wernher de usuris per modum interesse alter. tant. non exigend. Vit. 1711.

d) Des Müller l. c. Obs. 443. Gleichdenkend, aus eignen Gründen, ist mit demselben Glück Erl. d. Pand. 21. B. S. 107—115.

e) Mit Langsdorf a. a. O. Cap. 1. Struben 1. B. 123. Bed. Pufendorf T. 1. Obs. 14. Wernher P. 8. Obs. 309. Mevius P. 7. Dec. 2. 3. 4.

f) denn dieſs ändert nicht die Natur des Obiecti litis. L. ult. C. de usur. rei iudicatae (7. 54.). Lauterbach l. c. §. 27.

g) denn Zinsgesetze sollen auch den Ruin des schlechten Bürgers hindern.

h) Man frage nur: wird durch den bisherigen Genuſs der Früchte der Schuldner dazu fähig, wozu man ihn verpflichten will?

i) der häufig angegebene Grund, daſs hier doch das Capital unablöslich sey, greift juristisch nicht durch.

k) Hellfeld iurispr. for. §. 1134.

Verbot, Zinsen von Zinsen zu nehmen (*anatocismus*), es mag nun bedungen seyn, dafs die Zinsen zum Capital geschlagen (*anatocismus coniunctus*), oder als neues besonderes Capital dem Schuldner gelassen werden sollen (*anatocismus separatus*). Diese Regel hat keine Ausnahme [l]), und gilt selbst dann, wenn durch Novation ein neuer Schuldner oder Gläubiger an die Stelle des alten trit [m]). Sie ist aber dagegen nicht anzuwenden, wo wirklich keine Zinsen von Zinsen gegeben werden, also 1) nicht in dem Fall, wenn die Zinsen gezahlt sind, dadurch die Eigenschaft der Zinsen verloren haben, und (versteht sich, nicht in der Absicht, das Gesetz zu chicaniren) dem Schuldner als Capital zurückgeliehen sind [n]); eben so wenig, 2) wenn ein Dritter von dem, was ein Vierter schuldig ist, Zinsen erlegen mufs [o]). Da Ein Mensch juristisch mehrere Personen vorstellen kann, so mufs man den Ausdruck: ein Dritter, nicht absolut im gemeinen Wortverstande verstehen, sondern auch z. B. von dem Vormund, welcher nicht als solcher dem Mündel Zinsen schuldig ist, von diesen Zinsen als Vormund Zinsen zahlen lassen, wenn er in der Eigenschaft des Vormundes gegen sich selbst, als Schuldner, etwas versieht [p]). Auch kann 3) jene Vorschrift auf solche Renten, welche keine wahren Zinsen sind, nicht angewandt werden [q]); wohl aber gilt sie auch da, wo man sich auf sein erweisliches Interesse beruft [r]).

§. 286.

Wirkung der Uebertretung der Gesetze.

Den Verboten der Gesetze in Betreff des Zinswuchers kann Niemand vertragsmäfsig entsagen, selbst nicht durch einen Eid, weil

l) L. 28. C. de usur. (4. 32.). Meditat. über versch. R. M. 2. B. n. 63. Struben 5. B. 64. Bed. Eine Menge von Billigkeitsausnahmen hat Berlich P. 2. Dec. 268. Allein s. H. de Coccei i de anatocismo. Sect. 5. (Exerc. T. 1. n. 87.). Franzke resol. L. 1. c. 10. Schneidt ad §. 84. citatus §. 1—26.

m) L. 28. C. h. t. (4. 32.) Coccei i l. c. S. 2. §. 2. 14. Cramer Obs. iur. un. T. 4. Obs. 1239. Andrer M. ist Wernher P. 5. Obs. 16.

n) Coccei i l. c. §. 3. 4.

o) L. 7. §. 12. L. 9. §. 4. 22. de admin. tutor. (26. 7.). Mevius P. 6. Dec. 328. P. 8. Dec. 249. Struben 5. B. 56. Bed.

p) L. Menken de tutor. et curator. ad usur. ex suo debito obligato. Lips. 1703. A. M. s. Meditationen über versch. R. M. 1. B. n. 31. C. I. H. Tuckermann de tutore ad praestandas usurar. usuras haud obligato. Goett. 1789.

q) Viele nehmen mit Berlich l. c. n. 29. die Renten unbedingt aus.

r) H. de Coccei i Diss. cit. Sect. 4. §. 5. A. M. ist Berlich P. 2. Concl. 38. n. 38.

dieser nach der gesetzlichen Ansicht etwas Ungöttliches befördern würde [s]); auch sind alle, zum Deckmantel des Zinswuchers dienenden Geschäfte nichtig [t]). Das Vorausbezahlen der Zinsen ist, sofern es nicht einen Zinswucher enthält, als erlaubt anzusehen [u]), und bewirkt nur, dafs der Gläubiger dem Schuldner das Capital so lange lassen mufs, bis die Zinsen abverdient sind [x]). Hat Jemand widerrechtliche Zinsen bezahlt, so ist so viel ganz gewifs, dafs, a) wenn der zahlende Schuldner das Capital noch in Händen hat, und wissentlich oder unwissentlich zu hohe Procente gibt, durch die letzten das erste im Augenblick der Zahlung *ipso iure* verkleinert wird [y]), und b) dafs übermäfsige Zinsen, welche aus Irrthum nach, oder mit dem Capital entrichtet sind, als eine Nichtschuld zurückgefodert werden können [z]). Dafs andre wissentlich illegal gezahlte Zinsen das Capital *ipso iure* verringern, und dafs das, was nach Abtrag des Capitals wissentlich wider die Gesetze gegeben ist, zurückgefodert werden könne, läfst sich ebenfalls aus allgemeinen Gründen (§. 82.) vertheidigen [a]). Auch haben wir hier die ausdrückliche Vorschrift, dafs die Abrechnung, oder Rückfoderung erlaubt seyn solle [b]). Die Lehre von den öffentlichen Strafen des Zinswuchers gehört ins peinliche Recht.

s) cap. 1. de usur. in 6. (5. 5.) Pol. O. v. 1577. Tit, 17. §. 8. Cocceii l, c, S. 1. §. 20.

t) Pol. O. v. 1577. Tit. 17. §. 8. T. I. Reinharth de usurar. pravit. tam vera et palliata, quam putativ. s. imaginar. Erf. 1727. Leyser Sp. 247. C. F. Walch de usurar. pravitate sub palliat. transact. Ien. 1773. Madihn Miscellen 1. Sch. S. 68—75.

u) Pufendorf T. 3. Obs. 68. Müller ad Leyser Obs. 486. G. H. Mylius de anticipat. usurar. Lips. 1734. G. J. F. Meister pract. Bemerk. 1. B. n. 2. Glück 21. B. S. 70—74.

x) L. 57. pr. de pact. (2. 14.) L. 2. §. 6. de dol. mal. et met. except. (44. 4.).

y) L. 26. C. de usur. (4. 32.). A. D. Weber de usur. indeb. solut. (jetzt in dess. Vers. 1. B. n. IV.) §. 23. fgg. Gottschalk disc. For. T. 3. nr. 32. Andere Berechnungsarten vertheidigen Leyser Sp. 245. m. 10. I. C. Koch meditat. VIII. ad Schaumburg comp. D. Spec. comp. pand. T. de succ. ab int. exhib. adiect. Ien. 1757. Müller l. c. Obs. 440.

z) L. 26. §. 1. 2. de condict. indeb. (12. 6.).

a) denn Zinsverbote bezwecken das Beste des Schuldners.

b) L. 18. C. de usur. (4. 32.) cap. 6. X. de iureiur. (2. 24.) cap. 13. X. de usur. (5. 19.). Gottschalk disc. for. T. 3. nr. 32. Noch beruft sich Weber a. a. O. auf L. 26. §. 1. de condict. indeb. (12. 6.). Allein s. Meine Vers. 2. B. 5. Abh. n. III.

§. 287.

Art der Zinszahlung.

Die Zinsen müssen, wenn nicht ausdrücklich oder stillschweigend etwas Anderes darüber bestimmt ist, in einer, dem Capital gleichen Münzsorte bezahlt werden c). Als Nebentheil kann man sie nach Erlöschung der Hauptklage nicht weiter einfodern, ausgenommen, wenn ein selbstständiger Obligationsgrund, wohin jetzt auch jeder Nebenvertrag gehört, für die Zinspflicht angeführt werden kann d).

§. 288.

Aufhören des Zinslaufs.

Die Verpflichtung, Zinsen zu zahlen, hört auf 1) durch Tilgung der Hauptschuld, und was derselben gleich ist e); 2) dadurch, daſs aufgeschwollene Zinsen die Gröſse des Capitals erreichen; 3) durch sogenannte *purgatio morae*, wenn von Verzugszinsen die Rede ist (§. 104.), so wie 4) durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Erlaſs f). Das Letzte wird angenommen, wenn der Schuldner mehrere Jahre (wie viel? lassen die Gesetze unbestimmt) geringere Zinsen, als er schuldig war, bezahlte, in welchem Fall er auch ferner nicht mehr zu geben braucht g). Wird der Schuldner durch Anlegung eines Arrestes an der Zahlung gehindert, so schadet dieſs dem Gläubiger, wenn er selbst widerrechtlich den Arrest veranlaſste; sonst aber haftet der Schuldner, sofern er nicht nach den Grundsätzen des Verzugs (§. 102.) frey ist h).

§. 289.

F. Interusurium.

Verschieden von den Zinsen ist das sogenannte *Interusurium* oder *commodum repraesentationis*. Wenn nämlich der

c) Leyser Sp. 243. m. 3. vergl. mit Müller Obs. 483.

d) L. 26. pr. C. h. t. (4. 32.). Mevius P. 3. Dec. 420. Struben 1. B. 63. Bed. Quistorp Beytr. n. 58. Noodt L. 3. c. 14. Archiv für civilist. Praxis 1. B. 2. St. nr. 17. S. auch oben §. 264.

e) L. 7. h. t. (22. 1.) L. 19. C. h. t. (4. 32.).

f) L. 17. §. 1. de usur. (22. 1.).

g) L. 13. pr. l. c. L. 5. 8. C. eod. (4. 32.). Glück Comm. 21. B. S. 78. A. M. ist Kritz Abh. über Materien des Civilrechts. Leipz. 1824. nr. 3.

h) Ueber die verschiedenen Theorien s. Struben 4. B. 102. Bed. Pufendorf T. 3. Obs. 170. Voet L. 22. T. 1. §. 19. Müller ad Leyser Obs. 437. A. D. Weber Versuche III. §. 7.

Schuldner vor der bestimmten Zeit eine unverzinsliche Schuld mit Einstimmung des Gläubigers abträgt, so kann er verlangen, daſs ihm für die, auf den Gläubiger dadurch übertragenen Vortheile ein Abzug gestattet werde i). Diese Vergütung für die frühere Zahlung *(repraesentatio)* heiſst *Interusurium*. Was der Schuldner unter diesem Namen abzuziehen berechtigt sey? ist aber sehr streitig. Weder das Pinkardische k) oder Carpzovsche l) Princip, wonach der Schuldner sofort die gewöhnlichen Zinsen bis zum Zahlungstage abziehen kann, noch das Hofmannische m), welchem zufolge er die Summe zurückhält, welche das ganze Capital ergänzen würde, wenn man die, von dem Gezahlten zu ziehenden Zinsen *(interusurium simplex)* dazu rechnet, läſst sich vertheidigen. Die einzig richtige ist, wenigstens theoretisch und im Allgemeinen *), die Leibnitzische Rechnung n), wonach der Gläubiger von dem zu früh Empfangenen Zinsen von Zinsen berechnen muſs, welches offenbar als kein Anatocismus betrachtet werden kann o). Manche suchen die Hofmannische und Leibnitzische Methode nach Unterschied der Fälle mit einander zu verbinden p).

i) L. 1. §. 10. ad Leg. Falc. (35. 2.) L. 24. §. 2. solut. matrim. (24. 3.).

k) C. H. Horn de interusurio §. 13.

l) Carpzov P. 3. Dec. 275.

m) G. A. Hofmann app. prud. oecon. P. 1. p. 383. fgg. Von richtiger Berechn. des Interusurii. Leipz. 1735.

*) In L. 3. §. 2. L. 88. §. 3. ad L. Falc. (35. 2.) finden sich für ein Paar Fälle schwankende Entscheidungen. Aus der einen bildet eine Regel zu Gunsten der Hofmannischen Berechnung Schrader civil. Abh. 2. Abthl. S. 147—190. Seuffert Erört. einz. Lehren nr. 19.

n) G. G. Leibnitz medit. iurid. math. de interusurio, in act. erud. ann. 1683. p. 425.

o) A. G. Kaestner progr. pro iustit. calculi interusur. Leibnit. Lips. 1747. Deutsches Museum 1783. 9. 10. St. Fratr. Beckmannorum tr. de interusurio. Goett. 1784. Hommel Rhaps. Obs. 305. E. A. Lieben Gedanken über d. Frh. v. Leibnitz und Hoffmanns verschiedene calculos interusurii. Dresd. 1788. C. Zimmermann über Anatocismus und Interusurium. Frkf. 1797. nr. 43—133.

p) I. M. Schneidt Spec. arithm. ad mater. de usuris, antichresi, interusurio et redit. ann. applicat. Herbip. 1784.

Fünfter Abschnitt.

Ueber die Ausübung der Rechte, und insbesondere über den Besitz.

§. 290.

Einleitung. Bisher ist Alles erörtert, was zur Entwickelung des Wesens der Rechte, als gegebener Rechtsverhältnisse gehört. Es läſst sich aber bey einem Rechte auch noch eine zweyte Seite in Betracht ziehen, nämlich die Ausübung desselben, welche mit dem Rechte vereint, oder nicht vereint, oder ohne das Recht ganz für sich bestehend gedacht werden kann, je nachdem der Berechtigte sein Recht ausübt, oder nicht, oder ein Unberechtigter sich die Ausübung eines Rechts anmaſst q). Dieser bloſs factische Zustand wird **Besitz** *(possessio)* im allgemeinsten Sinn genannt r).

§. 291.

Fortsetzung. Da jede Gesetzgebung von dem Princip ausgehen muſs, daſs Niemand einen Andern rechtlich überwinden kann, welcher nicht überwiegende Gründe seines Vorrechts hat: so wird jener, an sich bloſs facti-

q) L. 12. §. 1. L. 42. pr. h. t. (41. 2.) L. 1. §. 2. uti poss. (43. 17.).

r) F. Ramos und F. Retes ad Tit. de acquir. poss. (Meermann Th. T. 7.). M. I. Jupille essai sur les principes du droit en matière de possession. Louv. 1780. (Darüber: Hugo Civ. Mag. 3. B. 4. St. n. 21.). Pothier tr. de la possession. Ed. nouv. Paris. 1807. Westphal Syst. des R. R. über die Arten der Sachen. §. 9—321. A. I. Cuper observ. selectae de natura possessionis. Lugd. Bat. 1789. auch neu edirt mit einer Abh. de naturali et civili possessione von mir. Ienae 1804. E. F. W. v. Spangenberg Vers. einer systemat. Darst. d. Lehre vom Besitz. Bayr. 1794. F. G. Fleck hermeneut. Tit. P. de acquir. vel am. poss. spec. duo. Lips. 1796. C. Chlum der Besitz unter Justinian. 1808. C. C. Dabelow reprehensa Savignii capita. Cum append. Lipsiae. 1810. C. Chlum das Recht des Besitzes. 1813. vor allen aber F. C. v. Savigny das Recht des Besitzes. Gieſs. 1803. 2. Aufl. Gieſs. 1806. 3. Aufl. Gieſs. 1818. 4. Aufl. das. 1822. (welcher in der Einleitung auch über die Literatur nachzusehen ist). J. C. Lange philos. jurist. Abh. über die Natur des Besitzes. Erl. 1813. 1817. 2. B. 8. Hufeland Darstellung der Rechtslehre vom Besitz. Gieſs. 1815. T. M. Zachariä neue Revision der Theorie des R. R. vom Besitze. Leipz. 1824.

sche Zustand juristisch äuſserst bedeutend, indem er zu der Regel führt, daſs Jeder, welcher sich factisch in der Ausübung eines Rechts befindet, provisorisch, bis dahin, daſs ein Andrer ein besseres Recht darauf beybringt, in diesem factischen Zustande gelassen werden muſs s). Das Römische Recht hat aber mit dem Besitz der Sachen, welcher im eigentlichen engeren Sinn *possessio* genannt wird t), noch manche zufällige Folgen verknüpft, indem es z. B. dem Besitzer häufig in einem schnellen Proceſsgange Schutz ertheilt, und auf einen fortgesetzten Besitz die Verjährung folgen läſst. Für diese Fälle ist denn die Lehre vom Besitz im engern Sinn von den Römern am genauesten entwickelt, und mannigfaltigen Modificationen unterworfen, welche freilich in einem System des Rechts vollständig dargelegt werden müssen; allein die Hauptansicht des Besitzes muſs, abgesehen von diesen Zufälligkeiten des Besitzes körperlicher Sachen, sich immer auf das reduciren, was alle Arten der factischen Ausübung eines Rechts zunächst interessant macht u).

§. 292.

Fortsetzung. Die Lehre vom Besitz kann sich nur mit den vier Hauptfragen beschäftigen: was ist Besitz, und was gehört zum Wesen desselben? wie wird er erworben? wie verloren? und welches sind die Wirkungen desselben? In Rücksicht der ersten drey Fragen bedarf es nur einer Darstellung der Römischen Theorie über Besitz im engern Sinn, woraus denn das Wesen des Besitzes überhaupt (worüber wir keine erschöpfende gesetzliche Theorie haben) analogisch abstrahirt werden muſs. Bey der vierten Frage kann aber, durch Verbindung des Römischen, Kanonischen und Deutschen Rechts, aus den Gesetzen ein System vollständiger Grundsätze aufgestellt werden, wobey denn auf die gemeinschaftlichen Folgen aller, und auf die eigenthümlichen Wirkungen besonderer Arten des Besitzes Rücksicht zu nehmen ist.

s) Das Nähere darüber bey den Wirkungen des Besitzes.

t) L. 3. pr. h. t. (41. 2.).

u) Hufeland S. 31—41. Zum Theil A. M. ist Savigny S. 1—54. Schweppe Magaz. 1. St. S. 38—50. Archiv für civil. Prax. 8. B. 1. Hft. nr. 1.

§. 293.

I) Natur des Besitzes. Begriff.

Besitz im engern ursprünglichen Sinn ist die körperliche Inhabung (Detention) einer körperlichen Sache, verbunden mit der Absicht, diese Detention in irgend einer rechtlichen Absicht auszuüben *(animus tenendi)* x); doch werden die Worte *possessor* und *possessio* auch bisweilen uneigentlich auf das Eigenthum y), insbesondere das prätorische Eigenthum z), oder auf das Verhältnifs des Beklagten bey dinglichen Klagen bezogen a). Im letzten Sinn werden denn auch diejenigen *possessores* (jetzt gewöhnlich *ficti possessores*) genannt, welche zur Strafe bey dinglichen Klagen als die rechten Beklagten behandelt werden, obgleich sie gar nicht besitzen, nämlich Alle, welche sich arglistig des Besitzes entäufsern *(qui dolo possidere desiit)*, um sich einer dinglichen Klage zu entziehen, oder sich arglistig auf eine, gegen sie nicht stattfindende dingliche Klage einlassen *(liti se offerens)* b).

§. 294.

Dessen rechtliche Natur.

Der Begriff der körperlichen Detention, verbunden mit der Absicht zu detiniren, ist die Grundlage der ganzen Lehre vom Besitz im Römischen Recht c). Zwar ist später durch rechtliche Vorschriften manche Abweichung gemacht, indem oft der Besitz in jenem Sinn gar nicht anerkannt, und eben so häufig ohne wahre Detention, oder wirkliche Absicht zu detiniren, ein juristischer Besitz *(possessio ficta)* angenommen wird d). Diese Abweichungen sind aber als Singularien zu behandeln. Es darf also aus ihnen und dem ursprünglichen Grundbegriff kein, Alles befassender gemeinschaftlicher Gattungsbegriff abstrahirt, sondern sie müssen als Ausnahmen gestellt werden, zwischen

x) L. 1. pr. L. 3. pr. §. 3. L. 41. h. t. (41. 2.). Galvanus de usufr. c. 33.

y) L. 15. qui satisd. cog. (2. 8.) L. 78. de V. S. (50. 16.).

z) L. 115. de V. S. (50. 16.). Savigny S. 75—78.

a) L. 9. L. 16. §. 4. 7. L. 18. §. 1. L. 34. §. 1. L. 35. de hered. pet. (5. 3.) L. 10. in f. si pars hered. pet. (5. 4.). Savigny S. 87—89.

b) L. 7. L. 25. L. 27. pr. §. 3. de R. V. (6. 1.). I. H. Heldt de eo qui dolo desiit possidere. Altd. 1671.

c) L. 1. pr. L. 3. pr. §. 3. h. t. (41. 2.).

d) L. 49. pr. §. 1. eod. Erxleben de eo quod iustum est circa fictam poss. Goett. 1778. Cuper l. c. P. 1. c. 3.

welchen der Grundbegriff mit seinen Folgen überall durchgreift, wo sie für ihn noch eine Lücke lassen. Am klarsten wird diefs durch die Bemerkung, dafs zur Erlangung des Besitzes (als einem leichten einfachen Act) weit mehr gehört, als zu dem (schwer zu erreichenden) Continuo der Fortdauer desselben; welcher einzige Umstand schon einen durchgreifenden Grundbegriff völlig unmöglich macht e).

§. 295.

Eigentliche possessio.

Vor weiterer Erörterung des Wesens des Besitzes sind hier noch folgende Bemerkungen voranzuschicken. Die Gesetze gestatten zur Schützung eines gestörten, und zur Wiedererlangung eines verlornen Besitzes zwar besondere, im schnellen Procefs zu verhandelnde Rechtsmittel (Interdicte), aber nicht jedem Detinirenden, sondern nur gewissen Personen. Diese werden vorzugsweise *possessores* genannt f). Die Regel ist hier, dafs nur dem, welcher als wahrer oder anmafslicher Eigenthümer besitzt, Interdicte zustehen g), hingegen alle Andern, welche blofs Rechte an einer fremden Sache ausüben, nicht als *possessores* betrachtet werden, sie mögen nun namentlich für den Eigenthümer detiniren h), oder die Sache für sich, als fremde Sache, vermöge eines persönlichen i), oder dinglichen Rechts inne haben k). Nur der Faustpfandgläubiger, mit Ausnahme des prätorischen Pfandgläubigers l), hat zu seiner Sicherheit mit Ausschlufs des Eigenthümers, ohne jedoch demselben die Vortheile der Verjährung zu rauben, eine juristische *possessio* m); auch kann diese Jedem, welcher andre Rechte an fremdem Eigenthum ausübt, durch Vertrag ausdrücklich oder stillschweigend

e) L. 4. C. h. t. (7. 32.). A. M. ist T. M. Zachariae (praes. C. G. Haubold) universalia quaedam de possessione principia e iure Rom. collecta. Lips. 1805.

f) L. 1. §. 23. de vi (43. 16.) L. 3. §. 8. uti poss. (43. 17.).

g) §. 4. 5. 6. I. de interdict. (4. 15.) L. 9. de R. V. (6. 1.) L. 1. §. 10. 23. de vi (43. 16.) L. 7. pr. de damn. inf. (39. 2.) L. 30. §. 2. h. t. (41. 2.). Savigny §. 23.

h) L. 1. §. 22. de vi (43. 16.).

i) L. 8. commod. (13. 6.) L. 3. §. 20. L. 25. §. 1. h. t. (41. 2.) L. 6. §. 2. de precar. (43. 26.).

k) L. 6. §. 2. cit. L. 12. pr. L. 52. pr. h. t. (41. 2.) L. 3. §. 7. uti possid. (43. 17.).

l) L. 3. §. 23. L. 10. §. 1. h. t. (41. 2.) L. 3. §. 8. uti poss. (43. 17.). Savigny §. 23.

m) L. 37. de pign. act. (13. 7.) L. 1. §. 15. L. 36. h. t. (41. 2.) L. 16. de usurp. (41. 3.). Savigny §. 24.

übertragen werden, also z. B. dem Sequester, wenn bey ihm der Besitz deponirt wird n), dem Empfänger eines *precarii*, wenn der Concedent ihm die *possessio*, oder die ganze Sache, nicht aber einen blofs precairen Gebrauch derselben gestattet o). So hat sie daher auch jeder Andre, wie der Commodatar und Pachter, gegen den der Eigenthümer sich der Vortheile des Besitzes begibt p).

§. 296.

Possessio naturalis, civilis.

In manchen Fällen wird selbst der, welcher, nach dem eben Gesagten, vermöge der Natur seines Rechts im Allgemeinen als *possessor* anzunehmen wäre, dennoch aus besondern Gründen wieder als Nichtbesitzer behandelt q). Unter diesen Voraussetzungen, verbunden mit der Bemerkung, dafs unter den Wirkungen des Besitzes die Usucapion die einzige ist, welche als reines Product blofs bürgerlicher Gesetze (*effectus civilis*) betrachtet werden kann, hat man nun neuerlich die, zur Exegese aller, in diese Lehre gehörenden Fragmente so äufserst wichtige Eintheilung in *possessio naturalis* und *civilis* so erklärt r): 1) Im Allgemeinen bezeichnet *possessor* jeden Detinirenden s), vorzugsweise aber nur den, welchem Interdicte zustehen t). Im Gegensatz hievon wird von denen, welchen die Gesetze die gewöhnlichen Interdicte nicht

n) L. 17. §. 1. depos. (16. 3.) L. 3. §. 20. L. 39. h. t. (41. 2.) F. P. Wasmuth de sequestro non possidente nisi apud eum possessio deposita sit. Hanov. 1748. Cocceii I. C. L. 16. T. 3. qu. 19. Savigny §. 25.

o) L. 2. §. 3. L. 4. §. 1. L. 6. §. 2. 4. L. 10. §. 1. L. 12. pr. L. 15. §. 4. L. 17. de precar. (43. 26.) L. 21. §. 3. h. t. (41. 2.). A. M. ist Savigny S. 259—262. Gegen ihn s. Schroeter obs. iur. civ. Jen. 1826. p. 66—80.

p) Schroeter l. c. p. 80—84. Archiv für civil. Prax. 8. B. 1. Hft. S. 10. 11. Abweichend ist Savigny §. 23.

q) L. 30. pr. §. 1. L. 49. §. 1. h. t. (41. 2.).

r) Ich lasse hier noch ungeändert die Ansicht von Savigny 2. Aufl. §. 7. 10. vergl. mit Meiner Diss. de natur. et civ. possessione hinter meiner Ausgabe von Cuper. Eine Berichtigung jener Ansicht ist von Erb zu erwarten. In voraus hat sich dafür erklärt: Gans Scholien zu Gajus. S. 263—270., dawider aber: Savigny 3. Aufl. S. 64—60. 4. Aufl. S. 45. fgg.; zum Theil aber auch wieder gegen Savigny: C. Comes de Reisach de antiqua regula: nemo sibi ipse caussam poss. mutare potest. Landsh. 1821. Schroeter obs. iur. civ. Ien. 1826. p. 85. 86.

s) L. 1. pr. §. 3. h. t. (41. 2.).

t) L. 1. §. 23. de vi (43. 16.) L. 3. §. 8. uti poss. (43. 17.) L. 7. de precar. (43. 26.).

gestatten, der Ausdruck gebraucht: *sunt in possessione, in detentione, nomine alieno possident*, oder *naturaliter possident* u). Uebt ein solcher *naturalis possessor* ein Recht aus, womit nach allgemeinen Grundsätzen zwar Interdicte verbunden sind, aber in seiner Person aus besondern Gründen keine Interdicte verbunden seyn sollen, so sagt man auch von ihm: *civiliter non possidet* (er besitzt bürgerlich gar nicht) x). 2) Ist ein *possessor* in jenem engeren Sinn in der Lage, die Sache, wenn es dessen bedürfte, usucapiren zu können, so wird sein Besitz positiv *possessio civilis* genannt y). Besitzt er dagegen zwar zu den Interdicten, aber nicht zur Verjährung, so wird von ihm (in einem engeren Sinn, wie oben) gesagt: *naturaliter possidet*, oder *civiliter non possidet* (er besitzt, aber nicht bürgerlich) z).

§. 297.

Regeln über die Natur des Besitzes.

Die Natur des Besitzes überhaupt, so wie dieselbe jetzt rechtlich bestimmt ist, wird durch folgende Hauptsätze charakterisirt: 1) Der Besitz ist etwas bloſs Factisches, unabhängig von dem Rechte selbst a). Im Ganzen ist es also unbedeutend, ob das Factum, wodurch man den Besitz erwirbt, von den Gesetzen gebilligt ist *(possessio iusta)*, oder nicht *(possessio iniusta)* b), und im letzten Fall, ob der Besitzer die Unrechtmäſsigkeit des Besitzgrundes kannte *(malae fidei possessio)*, oder ob sie ihm unbekannt war *(bonae fidei possessio)*, wiewohl in einzelnen Fällen etwas darauf ankommt c); wobey hier die allgemeine Bemerkung zu machen ist, daſs, im Fall eines entschuldbaren Rechtsirrthums, der

u) L. 7. §. 11. comm. divid. (10. 3.) L. 10. §. 1. L. 12. pr. L. 24. L. 49. pr. §. 1. h. t. (41. 2.).

x) L. 7. §. 1. 2. ad exhib. (10. 4.) L. 24. h. t. (41. 2.) L. 38. §. 7. de V. O. (45. 1.).

y) L. 3. §. 15. ad exhib. (10. 4.) L. 1. §. 9. 10. de vi (43. 16.).

z) L. 26. pr. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 1. §. 9. 10. de vi (43. 16.).

a) L. 12. §. 1. L. 42. pr. L. 52. pr. h. t. (41. 2.).

b) L. 13. §. 1. de publ. in rem act. (6. 2.) L. 22. §. 1. de noxal. act. (9. 4.) L. 7. §. 8. comm. divid. (10. 3.) L. 3. §. 3. 5. L. 16. h. t. (41. 2.) L. 1. §. 2. pro donato (41. 6.) vergl. mit Cuper P. 2. c. 2—5. Savigny §. 8. Unterholzner v. d. Verjährung S. 174—196.

c) L. 13. §. 8. L. 25. §. 3. de her. pet. (5. 3.) L. 109. de V. S. (50. 16.) §. 35. I. de rer. div. (2. 1.) L. 2. C. de fruct. (7. 51.).

Besitzer auch gewissermaſsen als *malae fidei possessor* angesehen wird, nämlich insofern, als er gewinnen will, nicht aber insofern, als von Strafen des bösen Glaubens die Rede ist [d]). Da indeſs der Besitz, als nur interimistischer Vermuthungsgrund, rechtlichen Werth haben kann, so entsteht daher die Regel, daſs kein Besitz stattfindet, wo das Recht selbst undenkbar ist; daher auch die Regel unsrer Praxis, daſs ein liquides Petitorium das Possessorium absorbirt *). Aus jenem Grunde findet kein Besitz Statt a) an allen dem Verkehr entzogenen Sachen [e]); b) an freyen Menschen, welche man mit dem Bewuſstseyn, daſs sie es sind, detinirt [f]); ferner können c) Sklaven eben so wenig etwas besitzen [g]), als d) Haussöhne in den Fällen, da sie eine Sache nicht für sich erwerben [h]); auch kann e) überhaupt Niemand besitzen, welcher selbst von einem Andern besessen wird [i]).

§. 298.

Fortsetzung. 2) Jeder Besitz setzt die zwey Facta: Detention und Absicht zu detiniren, voraus. Wer also nicht detiniren kann, wie moralische und fingirte Personen, ist eben so des Besitzes unfähig, als jede willenlose Person [k]); auch läſst sich an einem ungewissen Object kein Besitz denken [l]); doch sind diese Sätze, wie aus der Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes erhellen wird, wieder in mancher Rücksicht modificirt. Existiren aber Detention und Wille, so besitzt man so weit, aber auch nicht weiter, als man will [m]); jedoch ist hievon die Ausnahme zu machen, daſs der, welcher eine combinirte Sache besitzt, nur in der Maſse als Besitzer der dazu gehörigen Theile angesehen wird, in

d) L. 25. §. 6. de her. pet. (5. 3.) L. 31. pr. de usurp. (41. 3.). Voet L. 5. T. 3. §. 7. Cocceii I. C. eod. qu. 11. A. M. ist Schöman vom Schadensersatz 2. B. S. 180. 181.

*) Gesterding Nachforsch. 1. B. S. 145—159.

e) L. 3. §. 17. L. 30. §. 1. 3. h. t. (41. 2.).

f) L. 1. §. 6. L. 23. §. 2. L. 30. §. 4. L. 38. pr. eod.

g) L. 24. L. 30. §. 3. L. 49. §. 1. eod.

h) L. 30. §. 3. L. 49. §. 1. eod. L. 4. §. 1. de usurp. (41. 3.) L. 93. de R. I. (50. 17.).

i) L. 1. §. 6. h. t. (41. 2.) L. 180. de R. I. (50. 17.).

k) L. 1. §. 3. 22. L. 34. pr. §. 1. h. t. (41. 2.) L. 1. §. 15. si quis testam. liber (47. 4.).

l) L. 3. §. 2. L. 26. h. t. (41. 2.).

m) L. 26. eod.

welcher er die Hauptsache besitzt n). Besaſs er aber die Nebentheile schon vor der Vereinigung als selbstständige Sachen, so dauert dieser Besitz auch nach der Vereinigung mit einer andern Mobilie unbedingt fort o). Uebrigens wirkt die vollendete Verjährung auch nach Trennung der Nebendinge, auſser wenn diese nicht vindicirt werden konnten *).

§. 299.

Mitbesitz. 3) Da Coexistenz mehrerer Körper in demselben Raum undenkbar ist, so können mehrere Personen dieselbe Sache nicht ganz besitzen, und der Besitz des Einen ist also in dem Augenblick verloren, da er dem Andern ertheilt wird p). Indeſs ist doch so viel zugelassen, daſs Mehrere nach idealen Theilen eine Sache im Mitbesitz haben können q). Beym juristischen Besitz nennt man dieſs jetzt *compossessio*, bey dem Besitz auf fremden Namen *condetentio* r).

§. 300.

II) Erwerb des Besitzes. Zur Erwerbung des Besitzes gehört vereint körperliche Berührung der Sache, verbunden mit der Absicht, die ergriffene Sache zu detiniren s). Daraus folgt, 1) daſs unkörperliche Personen durch sich selbst eben so wenig einen Besitz anfangen können t), als der Erbe durch bloſse Erbantretung Besitzer wird, wiewohl die, in der Person des Erblassers wirklich gewordenen possessorischen Rechtsmittel auf

n) L. 7. §. 1. 2. ad exhib. (10. 4.) L. 23. pr. §. 2. L. 25. 26. de usurp. (41. 3.) L. 2. §. 6. pro emt. (41. 4.).

o) Bey Immobilien werden nur die letzten 10 Tage geschenkt. L. 7. §. 1. ad exhib. (10. 4.) L. 30. §. 1. L. 33. pr. de usurp. (41. 3.). Archiv für civilist. Prax. 7. B. 1. Hft. nr. 3. A. M. ist Savigny S. 226—230.

*) L. 23. §. 6. L. 59. de R. V. (6. 1.) L. 7. §. 11. de A. R. D. (41. 1.) L. 23. §. 2. de usurp. (41. 3.). Savigny a. a. O. Archiv für civilist. Prax. 8. B. 3. Hft. S. 332. not. 15.

p) L. 3. §. 5. h. t. (41. 2.) L. 19. pr. de precar. (43. 26.) L. 5. §. 15. commod. (13. 6.). Savigny §. 11.

q) L. 26. h. t. (41. 2.) L. 5. pr. de carbon. edict. (37. 10.) L. 10. pr. C. de bon. auct. iud. (7. 72.).

r) S. Stryk de compossessione. Hal. 1674. (op. T. 2. n. 17.). A. F. Rivinus de eurematicis in mater. poss. et compossessionis. Vit. 1743. c. 2.

s) L. 3. §. 1. pr. L. 34. pr. h. t. (41. 2.).

t) L. 1. §. 22. L. 2. eod. L. 1. §. 15. si quis testam. lib. (47. 4.).

ihn übergehen u); ferner 2) dafs willenlose Personen durch sich selbst keinen Besitz erwerben können x), welches denn auch von den, juristisch für willenlos gehaltenen Kindern, und zwar unbedingt gilt y), nicht aber von andern Unmündigen z); endlich 3) dafs es nach der Strenge keine Uebertragung und Veräufserung des Besitzes *(alienatio, accessio possessionis)* gibt, sondern der Erwerbende nur für sich seinen Besitz anfängt. Geschieht indefs die Uebertragung des Besitzes durch ein zweyseitiges rechtsgültiges Geschäft, so wird dem Nachfolger der Besitz seines Vorgängers mit zum Vortheil angerechnet a), wobey aber dem Erben die Fehler des Besitzes seines Erblassers folgen b).

§. 301.

Erwerbungsarten.

Die Erwerbungsarten, wobey die ungetrennte Nebensache stets die Natur der Hauptsache annimt *), sind zwiefach, entweder einseitige, erlaubte oder unerlaubte Handlungen *(Occupation, Invasion)* c), oder ein zweyseitiges Geschäft. Im letzten Fall nennt man es Uebergabe *(traditio)*. Zu dieser gehört von Seiten des Erwerbenden die beabsichtigte Ergreifung, und von Seiten des Veräufsernden die gehörige Zustimmung d), so wie von Seiten dritter Personen ein leerer Besitz *(possessio vacua)*, d. h. dafs die Sache sich nicht im Besitz eines Andern befinde, widrigenfalls vor Entsetzung desselben die Uebergabe den Besitz nicht überträgt e). Ist aber der, welcher durch ein

u) L. 23. pr. h. t. (41. 2.). Müller ad Leyser Obs. 514. Stryk de transit. poss. in heredes. Helmst. 1655. Idem U. M. P. L. 41. T. 2. §. 6—10.

x) L. 1. §. 3. eod.

y) L. 1. §. 3. L. 32. §. 2. eod. Dem steht auch L. 3. C. eod. (7. 32.) nicht entgegen. Vergl. Savigny S. 206—218.

z) L. 1. §. 3. 11. L. 32. §. 2. h. t. (41. 2.).

a) L. 4. §. 1. 2. de alienat. iudic. mut. causs. (4. 7.) L. 3. §. 6—10. L. 6. de itinere (43. 19.) L. 18. §. 1. quem serv. am. (8. 6.) L. 13. §. 7. 9. h. t. (41. 2.) L. 14. pr. §. 1. L. 15. §. 1—6. L. 16. de divers. temp. praescr. (44. 3.) vergl. mit L. 32. §. 1. de S. P. U. (8. 2.) L. 46. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 11. de A. R. D. (41. 1.). Savigny S. 23. 134. 135. 379. Unterholzner v. d. Verjährung S. 240—254. 320.

b) L. 11. C. h. t. (7. 32.).

*) L. 40. de act. e. v. (19. 1.). Gesterding Nachforschungen 1. B. S. 354—357.

c) L. 1. §. 1. h. t. (41. 2.) L. 12. de vi (43. 16.).

d) §. 40. I. de rer. div. (2. 1.). I. A. Frommann de traditione. Tub. 1661.

e) L. 12. C. de probat. (4. 19.) L. 8. C. de act. emt. (4. 49.) L.

Geschäft zum juristischen Besitzer gemacht werden soll, schon in der Detention der Sache, so wird ohne Hin- und Hergeben gradezu durch das Geschäft, und zwar, wenn es bedingt ist, nach Eintritt der Bedingung f), der Besitz übertragen. Man nennt diefs *traditio brevi manu* g). Offenbar liegt darin nichts Singulaires, auch braucht der Vertrag selbst nicht unter Anwesenden geschlossen zu werden h).

§. 302.

Singulaire Erwerbarten durch Mittelspersonen.

Gegen jenen strengen Begriff der Besitzerwerbung sind inzwischen von den Gesetzen manche singulaire (und insofern nicht auszudehnende) Arten der Besitzerwerbung *(traditio ficta, quasi-traditio)* zugelassen i). Dahin gehört erstlich die Regel, dafs man auch durch Mittelspersonen den Besitz *(possessio mediata)* erwerben kann. Hiezu ist aber erfoderlich, I) dafs der Repräsentant der Besitzergreifung fähig ist, und dieselbe für den Repräsentirten vornimt, es möchte denn dem letzten schon an sich Alles zufallen, was der Erwerber des Besitzes für sich selbst erwirbt k); doch widerstreiten sich die Gesetze darüber, ob der entgegengesetzte Wille eines Sklaven in Betracht komme, wenn demselben bey der Tradition der Erwerb für den Principal zur Bedingung gemacht ward, und derselbe für einen Dritten ergreift l). Dabey mufs aber auch II) der Principal bey,

13. C. de distr. pign. (8. 28.). Dem ist auch nicht entgegen L. 16. de fundo dot. (23. 5.) L. 10. §. 2. de cond. furt. (13. 1.). Struben 3. B. 52. Bed. Savigny S. 139. 140. A. M. ist Gesterding v. Eigenthum S. 161—171.

f) L. 38. §. 1. h. t. (41. 2.).

g) L. 9. §. 1. 2. de publician. (6. 2.) L. 9. §. 9. de R. C. (12. 1.) L. 9. §. 5. de A. R. D. (41. 1.).

h) A. M. sind Manche mit Cuiac Obs. L. 4. c. 3. Voet comm. L. 12. T. 1. §. 5. wegen L. 47. de R. V. (6. 1.) L. 11. pr. L. 15. de R. C. (12. 1.) L. 34. pr. mandat. (17. 1.). Allein s. Savigny §. 19.

i) I. A. Frommann de ficta seu quasitraditione. Tub. 1680. Abweichend ist Savigny §. 13—28. Hufeland v. Besitz. S. 88—122. Gegen Beide ist wieder Gesterding v. Eigenthum S. 69—71. 98. 99. Derselbe alte und neue Irrthümer S. 21—54. B. W. Pfeiffer das Recht der Kriegseroberung. Cassel 1823. S. 10—19.

k) L. 1. §. 9. 10. 20. h. t. (41. 2.).

l) L. 13. de donat. (39. 5.) L. 37. §. 6. de A. R. D. (41. 1.) L. 1. §. 19. h. t. (41. 2.). Ueber die verschiedenen Auslegungen vergl. Chesii interpr. L. 1. c. 32. Savigny S. 265. 266. Hufeland Civilr. 1. B. S. 727.

oder nach der Besitzerwerbung dieselbe genehmigen, oder als Genehmigender von den Gesetzen behandelt werden. Daher erwirbt man 1) als Mandant, vom Augenblick der Besitzergreifung, ohne daſs man, den Verjährungsbasitz abgerechnet, besondere Wissenschaft von der Besitzergreifung zu haben braucht m). 2) Durch Genehmigung einer einseitig vorgenommenen Besitzergreifung n). Ferner erwerben 3) Herren und Hausväter, ohne selbst einer Besitzerwerbung fähig zu seyn o), den für sie von ihren, in ihrem Eigenthum, oder Nutzungsrecht befindlichen Sklaven, oder ihren wirklichen Haussöhnen ergriffenen Besitz p), und zwar sofort, ohne besondere Wissenschaft, vom Augenblick der Ergreifung q); nur muſs, wenn der Eigenthümer als solcher durch seinen Sklaven erwerben will, der Sklav nicht von einem Andern besessen werden r). Endlich erwerben 4) Vormünder den Besitz für ihre Untergebenen s), wobey denn auch Kinder das Factum der Ergreifung selbst vornehmen dürfen t). Durch alle diese Arten können denn auch moralische und fingirte Personen einen Besitz erlangen u).

§. 303.

Constitutum possessorium.

Aus diesen Grundsätzen, verbunden mit der Regel, daſs die Detention einer Sache eben so gut ist, als die neue Ergreifung derselben, folgt die Rechtmäſsigkeit des sogenannten *constituti possessorii* x), d. h. daſs der juristische Besitzer, wel-

m) L. 49. §. 2. L. 51. h. t. (41. 2.) L. 1. C. eod. (7. 32.) L. 41. 47. de usurp. (41. 3.).

n) L. 24. de neg. gest. (3. 5.) L. 42. §. 1. h. t. (41. 2.).

o) L. 1. §. 5. 22. L. 2. eod. L. 16. de O. et A. (44. 7.) L. 22. §. 3. L. 29. de captiv. (49. 15.).

p) S. die vorige Note, und L. 21. de A. R. D. (41. 1.) L. 1. §. 6. 8. L. 49. pr. L. 50. pr. h. t. (41. 2.).

q) L. 1. §. 5. L. 3. §. 12. L. 4. L. 24. L. 44. §. 1. eod.

r) L. 1. §. 6. L. 34. §. 2. eod. L. 21. pr. L. 54. §. 4. de A. R. D. (41. 1.). Savigny S. 267—269.

s) L. 11. §. 6. de pign. act. (13. 7.) L. 13. §. 1. de A. R. D. (41. 1.) L. 1. §. 20. h. t. (41. 2.).

t) L. 32. §. 2. eod. L. 3. C. eod. (7. 32.). Savigny S. 207—218.

u) L. 1. §. 22. L. 2. h. t. (41. 2.) L. 16. de O. et A. (44. 7.). C. H. Horn de possessione universitatis. Viteb. 1744.

x) Mascov de constituto possessorio. Lips. 1733. (opusc. T. 1. n. 4.). I. C. Spitz de natura et effectu const. possessorii. Erf. 1751. Savigny §. 27. Ganz leugnet es Giphanius lectur. Altorphin. p. 120. 121. 474. H. F. Schorch de constit. possessorio in LL. Rom. non fundato. Erf. 1732. zum Theil Pufendorf T. 1. Obs. 10.

cher den juristischen Besitz der Sache auf einen Andern übertragen, sich selbst aber als einem Besitzer auf fremden Namen die Detention, oder den Mitbesitz vorbehalten will, diese Uebertragung durch einen bloſsen Vertrag vornehmen kann y). Vermuthet wird dieser Vertrag nicht z), ausgenommen bey Eingehung einer universellen Societät a).

§. 304.

Noch andre Fälle.

Auſser dem Fall der Besitzergreifung durch Andre gibt es noch mehrere singulaire Arten (§. 302.) der Besitzerwerbung. Nämlich a) der Besitz eines zusammenhängenden Ganzen wird schon durch Ergreifung eines Theils erworben b), mithin auch durch das Aufdrücken eines Siegels, wenn dieſs in der Absicht der Besitzergreifung geschieht c), so wie b) durch Niederlegung in die Gewahrsam des Inhabers eines Hauses mit Willen desselben d). c) Bey dem vertragsmäſsigen Erwerbe des Besitzes durch bloſses Hinzeigen *(traditio longa manu)* auf die zu ergreifende, mit den Augen erreichbare Sache e). d) Durch Ergreifen mit Werkzeugen f). e) Bey der Uebergabe eingeschlossener Sachen durch Ueberreichung des, zur Oeffnung des Behältnisses dienenden Werkzeuges *(traditio symbolica)*; doch muſs dieſs im Angesicht des Behältnisses geschehen g); f) durch Uebergabe der, die Besitzrechte des Veräuſserers beweisenden Urkunden h); auch wird g) zuweilen gradezu durch Gesetze i) der Besitz ertheilt, welches an manchen Orten durch neuere Statute und

y) L. 18. pr. h. t. (41. 2.) L. 77. de R. V. (6. 1.) L. 28. L. 35. §. 5. C. de donat. (8. 54.) cap. 9. x. de rest. spol. (2. 13.).

z) L. 1. §. 2. de peric. et comm. (18. 6.) L. 48. h. t. (41. 2.).

a) L. 1. §. 1. L. 2. pro socio (17. 2.).

b) L. 77. de R. V. (6. 1.) L. 3. §. 1. h. t. (41. 2.).

c) L. 1. §. 2. L. 14. §. 1. de peric. et c. (18. 6.). Savigny S. 178—181.

d) L. 18. §. 2. h. t. (41. 2.) vergl. mit L. 3. §. 3. L. 44. eod. L. 15. ad exhib. (10. 4.). Savigny S. 181—185.

e) L. 18. §. 2. L. 51. h. t. (41. 2.) L. 79. de solut. (46. 3.) vergl. mit L. 3. §. 3. h. t. (41. 2.).

f) L. 55. de A. R. D. (41. 1.).

g) §. 45. I. de rer. div. (2. 1.) L. 74. de contr. emt. (18. 1.) L. 1. §. 21. h. t. (41. 2.).

h) So erklärt die Praxis L. 1. C. de donat. (8. 54.). Ueber die abweichenden Ideen: Savigny S. 174—176. Hufeland Geist des R. R. 1. B. S. 158—160. Derselbe vom Besitz S. 123—126.

i) L. 80. de R. V. (6. 1.).

Gewohnheiten erweitert ist k), in welchem letzten Fall Manche die *possessio* eine *civilissima* nennen l).

§. 305.

III) Fortsetzung und Verlust des Besitzes; a) durch den Körper;

In Rücksicht des Verlusts des Besitzes, (woraus sich, verbunden mit den Grundsätzen des Erwerbes, die Lehre von der Fortsetzung des Besitzes von selbst ergibt) würde streng genommen die Regel gelten müssen: der Besitz ist verloren, so bald entweder die körperliche Berührung, oder die Absicht zu detiniren aufhört m). Allein diefs ist dahin erweitert, dafs der Besitz nur dann verloren wird, wenn man die, aus der Detention entlassene Sache nicht nach Willkühr wieder ergreifen kann, oder die Absicht zu besitzen positiv aufgegeben hat. Ohne eines von beiden dauert der Besitz fort *(animo possidemus)* n). Verloren wird also der Besitz I) durch Unmöglichkeit der willkührlichen Wiedererlangung der Detention, mithin a) wenn die Sache nicht mehr existirt, wohin auch gehört, wenn sie durch eine, das Eigenthum aufhebende Specification in eine andre umgeschaffen ist, oder physisch oder rechtlich überhaupt des Besitzes unfähig wird o); b) wenn man wegen äufserer physischer Hindernisse nicht zu der Sache kommen p), oder c) wenn man aufser seiner Gewahrsam eine Sache so verliert, dafs man sie nicht wieder auffinden kann q). Daher verliert man den Besitz zahmer Thiere, wenn sie sich verirren r). Wilde Thiere besitzt man nur so lange, als man sie nach Willkühr

k) Ein Beyspiel gibt die, in cap. 2. x. de consuetud. (1. 4.) erwähnte Scotatio. Vergl. I. F. Link de scotatione. Arg. 1729. Cuiac Obs. L. 19. c. 18. Gundlingiana P. 7. p. 168. fgg. Grupen teutsche Alterth. 1. Cap.

l) Stryk de poss. instrumental. c. 1. n. 29. Struv Ex. 42. §. 17.

m) L. 3. §. 6. 8. 13. 17. L. 15. L. 30. §. 4. h. t. (41. 2.). Nicht widerstreitend sind L. 8. eod. L. 153. de R. I. (50. 17.). Savigny S. 291—300. 338—346. Eine Emendation versuchte Suse in Gurlitt animadversionum ad auctores veteres specimen 3. Hamb. 1806. p. 15—18. Ganz abweichend ist Dabelow reprehensa Savignii cap. Sect. 1. p. 57—85. und eine ganz eigne Idee hat Zachariä Revision der L. v. Besitz S. 61—64.

n) L. 3. §. 11. L. 27. L. 29. h. t. (41. 2.) L. 31. §. 4. de usurp. (41. 3.) L. 1. §. 25. de vi (43. 16.).

o) L. 30. §. 1. 3. 4. h. t. (41. 2.).

p) L. 13. pr. L. 30. §. 3. eod.

q) L. 3. §. 13. L. 25. pr. L. 44. pr. eod. Savigny S. 301—304.

r) L. 3. §. 13. eod.

ergreifen kann [s]), und zahm gemachte, so lange sie die Gewohnheit des Wiederkehrens beybehalten [t]), während Sklaven, auch wenn sie entflohen sind, im Besitz des Herrn bleiben [u]). Endlich wird d) der Besitz in allen Fällen verloren, da ihn nach dem Bisherigen ein Andrer erhält [x]), also auch, wenn ein Andrer ihn mit Gewalt sich anmaſst, ohne auf der Stelle vertrieben zu werden [y]). Als Entsetzung gilt nicht, nach einigen Gesetzen, das Verlassen der Sache aus Furcht vor Anwendung der, auf die Entsetzung gerichteten Gewalt [z]), wohl aber auf allen Fall das Verhindern der Rückkehr zum Besitz, oder der Ausübung desselben [a]). Durch heimliches Entreiſsen verliert man den Besitz beweglicher Sachen [b]). Der Besitz heimlich eingenommener unbeweglicher Sachen dagegen wird nur verloren, wenn der bisherige Besitzer den heimlich Eingedrungenen nach erhaltener Wissenschaft nicht sofort vertreibt [c]), oder der Eingedrungene übermächtig ist, in welchem letzten Fall aber doch der Verlust sich nur auf das physisch occupirte Stück erstreckt [d]).

§. 306.

b) durch den Willen;

Auſserdem wird aber auch II) der Besitz verloren, wenn der Besitzer den Willen zu besitzen aufgibt [e]), und zwar bestimmt [f]), und in einer Lage, wo ihm die Veräuſserung rechtlich erlaubt ist [g]). Dieſs wird auch angenommen, wenn er ohne Nachfolger stirbt, den Besitz vernachlässigt, ohne besondere Abhaltungsgründe lange Zeit abwesend ist [h]),

s) L. 3. §. 14. 15. eod. L. 3. §. 2. L. 5. pr. §. 4. de A. R. D. (41. 1.).

t) L. 3. §. 2. L. 4. L. 5. §. 5. eod. L. 3. §. 15. 16. h. t. (41. 2.).

u) L. 13. pr. L. 15. eod. L. 15. §. 1. de usurp. (41. 3.).

x) vermöge des Princips in §. 299.

y) L. 15. h. t. (41. 2.) L. 17. de vi (43. 16.).

z) L. 9. pr. quod metus (4. 2.) L. 1. §. 29. L. 3. §. 7. de vi (43. 16.). Allein dawider ist L. 33. §. 2. de usurp. (41. 3.). Eine Vereinigung hält für möglich Hufeland v. Bes. S. 137—161. und jetzt mit ihm Savigny S. 307—311. Das jüngste jener Fragmente wird vorgezogen in Neustetel u. Zimmern Unters. 1. B. nr. 7.

a) L. 1. §. 24. 47. de vi (43. 16.).

b) L. 15. h. t. (41. 2.).

c) L. 3. §. 7. 8. L. 6. §. 1. L. 7. L. 18. §. 3. 4. L. 25. §. 2. L. 46. h. t. (41. 2.) R. A. v. 1521. Art. 2. Savigny S. 312—318.

d) L. 18. §. 3. 4. h. t. (41. 2.).

e) L. 3. §. 6. L. 17. §. 1. L. 34. pr. h. t. (41. 2.).

f) L. 12. §. 1. eod. Savigny S. 319—327.

g) L. 27. L. 29. eod.

h) L. 37. §. 1. de usurp. (41. 3.) L. 11. C. unde vi (8. 4.) vergl.

also auch, wenn er bewegliche Sachen unbewacht aufser seiner Gewahrsam liegen läfst i).

§. 307.

c) durch Mittelspersonen.

Auch durch Mittelspersonen kann der Besitz fortgesetzt und verloren werden. Man unterscheide hier: I) die Mittelsperson kann sich selbst durch den blofsen Entschlufs den Besitz der Sache nicht anmafsen (*nemo caussam possessionis ipse sibi mutare potest*), sondern nur durch Facta, und zwar bey Immobilien durch Entsetzung des Principals k), bey Mobilien aber schon durch Ergreifen der Sache in diebischer Absicht l). II) Das blofse Verlieren, oder Uebertragen des Besitzes an Andre kann durch den Willen des Repräsentanten nicht geschehen, sondern nur dadurch, dafs in Rücksicht seines Körpers, wobey der Körper des Principals nicht in Betracht kommt m), der Besitz nach den Regeln des §. 305. als verloren anzusehen ist n). Der Besitz wird also durch ihn verloren, wenn er selbst entsetzt wird o), oder einen Andern den Besitz ergreifen läfst p), nicht aber, wenn seine Absicht zu detiniren aufhört; oder von ihm aufgegeben wird q), oder wenn er die Sache blofs verläfst r).

§. 308.

IV) Quasi-Possessio.

Obgleich denen, welche dingliche Rechte an der Sache eines Andern ausüben, nach

mit L. 4. C. h. t. (7. 32.) und Retes l. c. P. 2. c. 2. §. 5.

i) L. 3. §. 13. L. 47. h. t. (41. 2.).

k) L. 3. §. 19. h. t. (41. 2.) L. 6. §. 3. de prec. (43. 26.) vergl. mit L. 2. L. 18. pr. de vi (43. 16.). C. Comes de Reisach de antiqua regula: nemo caussam possessionis sibi ipse mutare potest. Landsh. 1821.

l) L. 3. §. 18. h. t. (41. 2.) vergl. mit L. 1. §. 2. L. 67. pr. de furt. (47. 2.). Savigny S. 330—334. 384—389. Hufeland v. Besitz S. 137—140. Meine civil. Abh. S. 105—107. S. auch Hugo Civ. Mag. 5. B. S. 123—125.

m) L. 1. §. 45. de vi (43. 16.).

n) L. 3. §. 12. h. t. (41. 2.).

o) L. 1. §. 22. eod.

p) L. 40. §. 1. eod. L. 33. §. 4. de usurp. (41. 3.) L. 12. C. h. t. (7. 32.).

q) L. 60. §. 1. locat. (19. 2.) L. 25. §. 1. L. 40. §. 1. h. t. (41. 2.).

r) L. 31. de dolo (4. 3.) L. 3. §. 8. L. 44. §. 2. h. t. (41. 2.) L. 7. pr. pro emt. (41. 4.). Hufeland v. Besitz S. 163—176. A. M. sind wegen L. 12. C. h. t. (7. 32.) I. P. Lünker de interversa possessione. Giess. 1672. A. Mylius Disqu. iurid. L. Fin. C. de A. vel A. P. ac remedii inde competentis. Lips. 1690. Savigny S. 334—343.

dem Obigen (§. 295.) der Besitz der Sache abgesprochen wird, so ist ihnen doch später so viel zugestanden, dafs sie in der Ausübung ihres Rechts als Besitzer des Rechts (*iuris possessores, iuris quasi possessores*) angesehen werden sollen s), ohne jedoch durch diesen, nicht auf die ganze Sache bezogenen Besitz den juristischen Besitz des Eigenthümers aufzuheben t). Zur Erwerbung dieser sogenannten *Quasi-Possessio* gehört natürlich auch Willen und Factum, und zwar bey dem eigenmächtigen, einseitigen Erwerbe, dafs der Erwerber sich das Recht, wenn es ein positives ist, durch ein positives Factum wider den Eigenthümer, wenn es hingegen ein negatives ist, durch wirksamen Widerspruch wider die Handlung des Eigenthümers anmafse. Geschieht der Erwerb durch ein zweyseitiges Geschäft, so ist bey negativen Rechten der Besitz schon durch das Geschäft, bey positiven Rechten aber erst durch die vorgenommene Ausübung derselben (*quasitraditio*) erworben u). Der Verlust eines solchen Besitzes erfolgt auch hier durch Unmöglichkeit der willkührlichen Erneuerung der Ausübung des Rechts, oder durch Aufgeben der Absicht zu besitzen x). Das Kanonische Recht und die Reichsgesetze haben, wie unten (§. 317—319.) erhellen wird, diefs alles in gewisser Mafse auch auf diejenigen ausgedehnt, welche persönliche Rechte an Sachen, und andre Befugnisse ausüben.

§. 309.

V) Wirkungen des Besitzes. Allgemeine.

Die Wirkungen des Besitzes sind Theils allgemeine, und insofern wesentliche, aller Arten des Besitzes, oder be-

s) L. 2. commun. praed. (8. 4.) L. 23. §. 2. ex quib. causs. maior. (4. 6.) L. 10. pr. si serv. vind. (8. 5.) L. 3. §. 17. de vi (43. 16.) L. 7. de itin. (43. 19.) L. 2. §. 3. de precar. (43. 26.) L. 10. C. h. t. (7. 32.). Cuper P. 1. c. 4. Savigny §. 12. 44—47. Arch. für civil. Prax. 8. B. 1. Hft. nr. 1. C. Albert über den Besitz unkörperl. Sachen. Leipz. 1826. Zum Theil abweichend sind: Versuche über den Quasi-Besitz. Halle 1806.

t) L. 52. pr. h. t. (41. 2.) L. 3. §. 7. uti possidet. (43. 17.).

u) L. 3. pr. de usufr. (7. 1.) L. 20. de servit. (8. 1.) L. 6. §. 1. si servit. vindic. (8. 5.). Hufeland v. Besitz S. 81. 82. Savigny S. 468. Zum Theil A. M. ist Heisler Unters. des Satzes, dafs die verneinenden Dienstbarkeiten durch blofse Verträge erlangt werden (in dessen Abh. Halle 1783. n. 3.), indem er bey Servituten, welche auf ein Nichtthun gehn, auch im Fall eines Vertrags eine quasi-traditio (Beruhigung auf erfolgten Widerspruch) verlangt.

x) L. 12. §. 2. 3. 4. de usufr. (7. 1.).

sondere. Zu jenen gehört, daſs jeder Besitzer im allgemeinen Sinn in seinem factischen Zustande gelassen werden muſs, so lange kein Andrer rechtlich überwiegende Gründe beybringt, welche zeigen, daſs auf ihn dieser factische Zustand übertragen werden müsse y). Der Besitzer braucht also seinen Titel nicht zu ediren, d. h. den Rechtsgrund seines Besitzes nicht anzugeben z), ist daher auch von der Beweislast frey, und siegt bey gleicher Stärke der Beweise a). Nur dann muſs, wenigstens nach der Meynung der mehrsten Praktiker, der Besitzer beweisen, wenn er durch sein Recht in das, an sich unbeschränkte Recht eines Andern eingreift, und dieser den Eingriff bestreitet b). Zum Schutz des Besitzes hat jeder Besitzer als auſsergerichtliches Mittel die Selbstvertheidigung c), als gerichtliche hingegen Einreden d), und unter Umständen auch Klagen. Wie weit die letzten des bloſsen Besitzes wegen stattfinden, kann aber erst bey der Lehre von den Interdicten, welche zu den besondern Wirkungen des Besitzes gehören, klar werden. Nur so viel ist hier im Allgemeinen zu erwähnen, daſs eine Sache, bloſs weil man sie vorhin besaſs, nicht von jedem dritten Besitzer durch dingliche Klagen abgefodert werden kann, daſs also die aus dem Besitz entspringenden Rechte (*ius possessionis*) keine dingliche, sondern persönliche sind e).

§. 310.

Besondere. Besondere Wirkungen des Besitzes sind, daſs der Besitzer in manchen Fällen die Früchte einer

y) L. 5. pr. in I. si ususfr. pet. (7. 6.) L. 2. C. de cond. ob turp. causs. (4. 7.).

z) L. 11. C. de pet. hered. (3. 31.) L. 24. de R. V. (6. 1.) L. ult. C. eod. (3. 32.). S. Stryk de necessitate edendi titulum poss. Frkf. ad V. 1688.

a) L. 8. 14. de probat. (22. 3.) L. 4. de edendo (2. 1.) L. ult. C. de R. V. (3. 32.). S. Stryk de possidente non meliore. Frkf. ad Oderam. 1687.

b) T. I. Reinharth de possessione ab onere probat. non relevante. Erf. 1727. C. Thomasius de onere probandi in actione negatoria. Hal. 1732. Hufeland Beytr. zur Ber. d. pos. R. 4. St. n. 10. Grolman u. Löhr Magaz. 3. B. 4. Hft. S. 507—512. Allein s. L. 5. §. 1. si ususfr. pet. (7. 6.) L. 6. §. 1. L. 8. §. 3. si serv. vind. (8. 5.) L. 15. de nov. op. nunc. (39. 1.). Weber Beytr. zu der Lehre v. d. Kl. u. Einr. 2. u. 3. St. n. 16. C. C. W. Klötzer Vers. eines Beytrags zur Bericht. d. Lehre v. d. Beweislast. Jena 1813.

c) S. oben §. 58. vergl. mit §. 305. a. E.

d) L. 5. pr. in fin. si ususfr. pet. (7. 6.).

e) Meine Versuche 2. B. S. 62—64.

fremden Sache gewinnt, und durch Ergreifung, oder fortgesetzten Besitz das Eigenthum einer Sache erlangt, welches aber erst unten in der Lehre vom Eigenthum und der Verjährung ausgeführt werden kann. Nur das Retentions-Recht und die Interdicte verdienen hier, als besondere Folgen des Besitzes, eine genauere Erörterung.

§. 311.

1) Ueber Retentionsrecht besonders.

Das Retentions-Recht f) ist das Recht, eine Sache bis dahin, daſs man wegen einer Foderung befriedigt ist, zurückzuhalten. Ist dieſs Jemandem durch einen Vertrag oder Testament ertheilt worden *(ius ret. conventionale, testamentarium)*: so sind die Grenzen desselben danach abzumessen. Soll es hingegen ohne Erlaubniſs stattfinden *(ius ret. legale)*: so muſs die Foderung, wegen deren man eine Sache zurückhalten will, mit der Sache selbst in Beziehung stehen *(debitum connexum)*. Dahin gehört, a) wenn der Besitzer auf die Sache, oder in Beziehung auf dieselbe Verwendungen gemacht hat, wohin in der Regel alle nützlichen und nothwendigen zu rechnen sind g). b) Wenn die Herausgabe einer Sache durch eine *actio directa* (§. 170.) von dem Besitzer verlangt wird, so kann er wegen aller, auch nicht unter die vorige Rubrik gehörenden, durch eine *actio contraria* zu verfolgenden Foderungen die Sache retiniren h). Eben dieſs ist c) Jedem erlaubt, welcher befugt ist, sich selbst aus einer Sache zu befriedigen i). Man nennt diese Art *qualificatum*, jedes andre Retentions-Recht *simplex*. d) Wer eine Sache für eine Gegenleistung herausgeben soll, kann sie, bis diese erfolgt ist, zurückhalten k). Auch ist e) die Retention einer Sache erlaubt, wenn man durch sie einen, vom Eigen-

f) I. P. Heisler de iure retent. Hal. 1751. (Exerc. 1. n. 2.). G. L. Boehmer de iure retent. eiusque effectu. Goetting. 1773. (Elect. T. 2. n. 13.). I. L. Schmid de iis, quae ad exercend. ius rerent. sunt necessar. Ien. 1785. I. C. W. Faselius syst. Darstellung d. Lehre vom Ret. R. 2te Aufl. Hal. 1793.

g) L. 2. pr. ad L. Rhod. de iact. (14. 2.) L. 1. C. si aliena res pignor. (8. 16.) L. 27. §. 5. L. 48. de R. V. (6. 1.).

h) L. 18. §. ult. commod. (13. 6.) L. 1. pr. quib. mod. pign. vel hypoth. (20. 6.).

i) L. 4. 9. in quib. causs. pign. (20. 2.) L. 29. C. de iure dot. (5. 12.).

k) L. 13. §. 8. de act. E. V. (19. 1.) L. 26. §. 4. de cond. indeb. (12. 6.). Manche rechnen dieſs zum conventionali tacito.

thümer zu ersetzenden Schaden erlitten hat l). Nur der Pfandinhaber hat bey einem gültigen Pfandrecht das allgemeine Recht, wegen aller, selbst nicht connexen Foderungen das Retentions-Recht ausüben zu dürfen m), welches aber auf Andre nicht zu erstrecken ist n). Die Streitfrage o): ob die Foderung des Retinirenden sofort klar seyn müsse? läfst sich nur so beantworten: wenn er im ordentlichen Procefs auf Herausgabe belangt wird, so kann er verlangen, zum Beweise seiner Einrede gelassen zu werden. Ist hingegen eine zulässige Procefs-Art gegen ihn gewählt, wobey illiquide Einreden überhaupt nicht beachtet werden, so mufs seine Foderung sofort klar seyn.

§. 312.

2) Interdicte. Allg. Grundsätze.

In Ansehung der **Interdicte** p) sind hier folgende allgemcine Bemerkungen voranzuschicken: I) verfolgt Jemand Rechte im langsamen Gange des gewöhnlichen Processes, so nennt man die Klagen *Actiones;* geschieht es hingegen im schnellen Gange des summarischen Processes, so werden die Klagen *Interdicta,* oder jetzt *actiones in factum* genannt q). Auch bey den Interdicten verwies der Prätor nach älterer Römischer Verfassung die Parteyen in der Regel zur Untersuchung der Thatumstände an den *iudex* r). II) Die Interdicte betreffen entweder den Besitz (possessorische) oder nicht (nicht-possessori-

l) L. 9. §. 3. de damn. inf. (39. 2.) L. 8. de incend. ruin. naufr. (47. 9.).

m) L. un. C. etiam ob chirogr. pec. (8. 27.) L. 25. de pign. act. (13. 7.).

n) L. ult. C. commod. (4. 23.) L. ult. C. depos. (4. 34.). Müller ad Leyser Obs. 368.

o) Vergl. Stryk de possess. per caut. non auferenda cap. 2. §. 15. 17. Pufendorf T. 2. Obs. 30. Faselius §. 10.

p) S. überh. I. F. de Retes de interdictis et remediis possessoriis (Meermann Th. T. 7.). Savigny 4ter Abschn.

q) Die summarische Natur der Interdicte ist geleugnet von Merenda contr. L. 24. c. 39. §. 4—11. 17. c. 45. §. 52—60. und jetzt auch von Savigny v. Bes. 4. Aufl. S. 349. 350. Zeitschrift 5. B. 1. Hft. nr. 1. Allein s. Cod. Theod. L. 2. T. 4. const. 5. 6. L. 4. T. 22. const. 4. T. 6. L. 4. C. de interd. (8. 1.) L. 8. C. unde vi (8. 4.) L. 1. C. si per vim (8. 5.) L. 14. C. de agricol. (11. 47.).

r) Gaii inst. L. 4. §. 138. sqq. L. 21. pr. quod vi aut clam (43. 24.) L. 3. §. 3. de lib. exhib. (43. 30.). Theophili paraphr. ad §. ult. I. de interd. und vor Allen I. a Costa ad pr. I. de interdictis. C. G. Haubold notitia fragmenti Veronensis de interdictis. Lips. 1816. Savigny Zeitschrift 3. B. n. 4. 8. 12. Derselbe v. Besitz S. 346—350.

sche) [s]. Im ersten Fall gehen sie entweder auf Erlangung eines noch nicht gehabten *(int. adipiscendae possessionis)*, oder auf Schützung eines gestörten *(int. retinendae possessionis)*, oder auf Wiedererlangung eines verlornen Besitzes *(int. recuperandae possessionis)* [t]. Nur die beiden letzten Arten können unter den Wirkungen des Besitzes aufgeführt werden [u]. Bey ihnen liegt denn der Klaggrund allein im Besitz, ohne dafs Einreden, welche das Recht betreffen, in Betracht kommen [x]. Nur zuweilen mufs der Kläger bey einem Interdict dieser Art sein Recht zum Besitz zugleich mit beweisen, und dann nennt man es *mixtum* [y]. Es bezeichnet dieser Ausdruck aber auch diejenigen Interdicte, wobey der Kläger, wider die sonstigen Regeln des Processes [z], auf die Exceptionen des Beklagten condemnirt werden kann. Im Gegensatz dieser Interdicte, welche auch *duplicia* heifsen, werden die andern Interdicte, wobey keine Condemnation des Klägers stattfindet, *simplicia* genannt [a].

§. 313.

Arten. Von der grofsen Menge einzelner Interdicte gehören eigentlich nur die *interdicta retinendae* und *recuperandae possessionis* hieher, und von diesen in eine allgemeine Theorie des Besitzes auch nur diejenigen, welche nicht, wie die Interdicte für Servituten, Emphyteusis, Superficies, Pachtung und Precarium, blofs für einzelne Fälle eingeführt sind. Des Zusammenhangs wegen müssen hier jedoch mit den, aus dem Besitz entspringenden possessorischen Interdicten auch diejenigen nicht-possessorischen verbunden werden, welche wegen ihrer Allgemeinheit sich nicht als Folge eines besondern Rechtes betrachten lassen; doch ist hier Alles, was das Detail des Wesens des summarischen Verfahrens betrifft, der Lehre vom Procefs zu überlassen.

s) z. B. Pand. Lib. 43. T. 29. 30.
t) §. 2. I. h. t. (4. 15.) L. 2. §. 3. h. t. (43. 1.).
u) Savigny §. 35.
x) L. 4. I. h. t. (4. 15.) L. 1. §. 3. uti poss. (43. 17.). Leyser Sp. 499. m. 4. 5.
y) z. B. L. 3. §. 13. de itinere (43. 19.).
z) L. 1. de re indic. (42. 1.) L. 3. C. de sentent. (7. 45.).
a) §. 7. I. h. t. (4. 15.) vergl. mit L. 13. 14. de iudic. (5. 1.) L. 10. fin. reg. (10. 1.) L. 37. §. 1. de O. et A. (44. 7.). Savigny S. 369—372.

§. 314.

A) Int. possessoria; a) retinendae poss.

Zur Schützung eines, nicht auf höhere Erlaubnifs *(remissio)* gestörten, aber nicht aufgehobenen Besitzes b), ertheilt das Römische Recht, als *interdictum duplex* (§. 312.) c), bey Immobilien das *interdictum uti possidetis*, und bey Mobilien das, denselben jetzt gleichgesetzte *interdictum utrubi* d). Der Kläger ist hier der gestörte juristische Besitzer auf eignen Namen, welcher zur Zeit der erhobenen Klage besitzt e), der Beklagte derjenige, welcher die Störung vornahm, nicht aber, nach Römischen Grundsätzen, dessen Erbe als solcher f). Das Gesuch geht auf Untersagung fernerer Störungen, Schadensersatz, und Bestellung einer *cautio de non amplius turbando* g). Beweist dagegen der Beklagte die Einrede, dafs der Kläger im Verhältnifs zu ihm heimlich, bittweise oder mit Gewalt besitze h), oder bringt der Beklagte bey, dafs er einen älteren, besseren Besitz hatte, so ist der Kläger als Beklagter zu condemniren i). Die Einrede der Verjährung ist hier, wie bey allen folgenden Interdicten, einstweilen zu übergehen k).

§. 315.

b) Int. recuperandae possessionis.

Zur Wiedererlangung eines durch Entsetzung aufgehobenen Besitzes gibt das Römische Recht dem Entsetzten, wenn er mit nichtgewaffneter Hand entsetzt ward, das *interdictum unde vi*, oder *de vi simplici s. quotidiana*; wenn aber die Entsetzung durch Waffen geschah, das *interdictum de vi armata s. publica* l), welche

b) L. 1. §. 4. L. 3. §. 2. 3. 4. h. t. (43. 17.) L. 11. de vi (43. 16.) Tit. P. de remission. (43. 25.). Ueberh. C. F. M. Klepe de natura et indole poss. ad interdicta uti possidetis et utrubi necessaria. Lips. 1794. Savigny §. 37. 38. 39. C. Albert über das interdictum uti possidetis. Halle 1824. Archiv für civil. Prax. 6. B. S. 270—277.

c) §. 7. I. h. t. (4. 15.) L. 2. pr. de interd. (43. 1.) L. 3. pr. §. 1. h. t. (43. 17.) L. 37. §. 1. de O. et A. (44. 7.).

d) §. 4. I. h. t. (4. 15.) L. un. §. 1. utrubi (43. 31.).

e) §. 4. I. L. un. §. 1. cit. L. 1. §. 4. L. 3. §. 8. h. t. (43. 17.). Savigny S. 428. 431.

f) S. oben §. 68. Schmidt v. Klagen §. 170.

g) L. 1. pr. L. 3. §. ult. h. t. (43. 17.). F. C. Conradi cautio de non ampl. turb. in iudic. possessoriis usu fori recepta. Helmst. 1737. Savigny S. 430—433.

h) L. 1. pr. §. 5. 9. L. 3. pr. §. 10. h. t. (43. 17.).

i) Cap. 9. x. de probat. (2. 19.).

k) S. unten §. 1037.

l) Rubr. Tit. P. de vi et vi arm. (43. 16.) et L. 1. §. 43. ibid. §. 6. I. de interdict. (4. 15.). Ueberh.

beide, den Punct abgerechnet, daſs jenes nicht gegen Personen, denen Ehrfurcht gebührt, stattfindet m), in allen andern Rücksichten übereinstimmen. Der Kläger ist hier jeder Besitzer auf eignen oder fremden Namen n), welcher unmittelbar oder mittelbar, ohne die Sache selbst zu übergeben o), entsetzt ist p), und zwar von einer unbeweglichen Sache, wozu auch die darauf befindlichen beweglichen gerechnet werden q). Auch findet es jetzt Statt, wenn sich Jemand des, durch Abwesenheit verlornen Besitzes bemächtigt r). Der Beklagte ist der unmittelbare oder mittelbare Urheber der Gewalt s), nie aber ein dritter Besitzer, oder der unbereicherte Erbe t). Das Gesuch geht auf Restitution des Besitzes und aller Nebentheile, aber binnen eines Jahres in der Regel nur auf das volle Interesse. Die Einrede, daſs der Kläger vom Beklagten heimlich, bittweise, oder mit Gewalt besitze, wird hier aber nicht in Betracht gezogen u). Ehemals gab es auch ein *interdictum de clandestina possessione*, welches jetzt aber, da heimliches Eindringen den Besitz nicht mehr aufhebt, von selbst wegfällt x).

§. 316.

c) vermischtes Interdict.

Ist Jemandem ein Besitz zuerkannt, dessen Erlangung, oder Fortsetzung von einem Andern arglistig gehindert, oder welcher von einem Andern aufgehoben wird, so hat der Verletzte ein allgemeines Interdictum *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, welches nach Umständen *adipiscendae, retinendae*, oder *recuperandae possessionis* seyn

H. C. Cras Diss. qua specim. iurispr. Ciceronis exhibet s. Ciceronem iustam pro Caesina caussam dixisse ostenditur. Lugd. B. 1769. F. G. Fleck comm. binae de interd. unde vi et remedio spolii. Lips. 1797. Savigny §. 40.

m) L. 1. §. 43. h. t. (43. 16.).

n) L. 1. §. 9. 10. 23. eod. vergl. mit L. 1. C. si per vim (8. 5.).

o) L. 5. h. t. (43. 16.) L. 9. pr. quod met. causs. (4. 2.).

p) L. 1. §. 3. 29. 45. h. t. (43. 16.).

q) L. 1. §. 3—8. 33. L. 3. §. 15. eod. Darin ändern auch nichts L. 34. C. locat. (4. 65.) L. 7. L. 10. C. unde vi (8. 4.) Archiv für civilist. Praxis 1. B. 1. Hft. S. 105—111. A. M. ist Savigny S. 408—413.

r) L. ult. C. h. t. (8. 4.). Savigny §. 43.

s) L. 1. §. 12—15. L. 3. §. 10. 11. 12. h. t. (43. 16.).

t) L. 1. §. 48. L. 2. L. 3. pr. L. 9. eod. L. 3. §. 10. uti poss. (43. 17.) L. 11. C. de A. l. A. P. (7. 32.).

u) L. 1. pr. §. 31. 40. 41. L. 6. de vi (43. 16.) L. un. C. si per vim (8. 5.).

x) L. 7. §. 5. comm. divid. (10. 3.) vergl. mit Savigny §. 41.

kann y). Im Uebrigen stimmt es in Betreff der Person des Klägers, des Beklagten und des Gesuchs mit den vorigen Interdicten überein z). Besondere Einreden können hier daher genommen werden, daſs der Beklagte nicht arglistig gehandelt habe, oder daſs kein Rechtsgrund vorhanden gewesen sey, dem Kläger den Besitz zuzuerkennen a).

§. 317.

Neuere Erweiterungen. A) Remedium spolii.

Manche wichtige Erweiterungen und Aenderungen sind durch das Kanonische Recht, die Reichsgesetze, und die Praxis eingeführt. Es hat nämlich 1) das Kanonische Recht zur Wiedererlangung eines verlornen Besitzes b) unter der Benennung des *remedii spolii* ein neues Rechtsmittel gestattet, dessen man sich in Form einer Klage *(actio spolii)*, oder einer Einrede *(exceptio spolii)* bedienen kann, und welches, obgleich es im Wesentlichen mit dem *interdicto unde vi* zusammentrifft, doch darin von demselben abweicht, daſs es, wie im summarischen Proceſs zu zeigen ist, manches Singulaire in Rücksicht der Proceſsform hat, auch viel umfassender ist, als das Interdict. Denn A) kann Jeder sich dessen bedienen, welcher auf irgend eine Art, auch ohne Arglist des Spolianten, in einem bisher stattgehabten factischen Zustande, welcher dem gemeinen Recht nicht widerstreitet c), gestört ist, es mag nun dieser Besitz oder Quasibesitz im allgemeinsten Sinn vermöge eines dinglichen, oder persönlichen Rechts ausgeübt, entrissen, oder auf Drohungen aufgegeben, und das Object beweglich, oder unbeweglich seyn d). B) Es geht unbedingt auch gegen den Erben e), selbst gegen den Dritten, welcher, mit dem Spolio bekannt, die Sache erwarb, nicht aber gegen den Dritten in gutem

y) L. 1. pr. §. 1. 2. 3. h. t. (43. 4.)

z) L. 1. §. 5. 8. L. 2. L. 4. §. 2. 3. eod.

a) L. 1. §. 4. 5. 6. eod.

b) Denn nach allen folgenden Gesetzen ist das remedium spolii kein remedium retinendae possessionis. Danz summar. Proc. §. 11. Müller ad Leyser Obs. 834. A. M. ist Struben 1. B. 142. Bed. S. auch überh. I. H. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 13. Idem de depravato except. spolii statu (Exerc. T. 5.). Fleck comment. cit. p. 81. fgg. Woltaer Obs. iur. Fasc. 2. c. 35. Savigny §. 50.

c) Denn ist dieſs, so muſs der Besitz als solcher justificirt werden, cap. 2. das restitut. spoliator. in 6. (2. 5.).

d) cap. 2. 3. 4. 8. 10. 13. X. de restitut. spoliator. (2. 13.). Pufendorf T. 2. Obs. 142. Fleck l. c. p. 97—99. 108—110. Hufeland v. Besitz S. 75—83.

e) cap. 5. X. de raptor. (5. 17.).

Glauben f). Eben so findet es C) selbst gegen die Personen Statt, denen Ehrfurcht gebührt g).

§. 318.

B) Possessorium summariissimum.

Um Gewaltthätigkeiten zu verhindern, ist 2) durch die Reichsgesetze h) vorgeschrieben, dafs, wenn zwey Theile sich den Besitz anmafsen, der Richter von Amtswegen oder auf Anrufen, zutreten, nach Umständen das Object sequestriren, oder einem Theil vorläufig zusprechen, und hiebey möglichst summarisch verfahren, aber dem Unterliegenden das *possessorium* und *petitorium* vorbehalten solle i). Wegen der hier stattfindenden besondern Schnelligkeit, nennt man diefs, den jüngsten Besitz betreffende Verfahren *possessorium summariissimum*, oder auch *summarium*; das, die Erhaltung des Besitzes betreffende, in §. 314. erwähnte Verfahren aber, welches den ordentlichen Gang des summarischen Processes geht, und wobey die Art, die Güte, und das Alter des Besitzes in Betracht kommt, *possessorium ordinarium*, oder im Gegensatz des Ausdrucks *summariissimum* auch wohl *possessorium summarium*. Diese Eintheilung in *possessorium ordinarium* und *summarium* ist also nur für die *remedia retinendae possessionis* erfunden k), obgleich die übrigen possessorischen Rechtsmittel auch bald im ordentlichen Wege des summarischen Processes verhandelt werden, bald ein unvollständiges summarisches Verfahren zulassen l).

§. 319.

Form des Verfahrens.

Die Form des *summariissimi*, und Vieles, was zur Natur desselben gehört, ist nicht durch die Gesetze bestimmt. Nach dem Geist derselben, und der Praxis, mufs man hierüber folgende Regeln aufstellen: A) Wer den jüngsten Besitz im weitesten Sinn auch nur eines kurzen Zeitraums m) nachweisen kann,

f) C. 3. C. 3. qu. 1. cap. 1. de restit. spoliator. in 6. (2. 5.). Boehmer I. E. P. l. c. §. 7—11. 16. 17. I. U. Cramer opusc. T. 3. p. 91. fgg. A. M. ist Mevius P. 4. Dec. 69. P. 8. Dec. 383.

g) cap. 7. X. de restitut. spol. (2. 13.).

h) K. G. O. P. 2. Tit. 21.

i) S. überh. Boehmer diss. cit. cap. 3. W. A. F. Danz Constitut. imper. special. super litigios. possess. disquisit. Stuttg. 1789. Savigny §. 51.

k) Boehmer Diss. cit. cap. 3. §. 5. Müller ad Leyser Obs. 822.

l) S. d. summarischen Procefs.

m) Boehmer l. c. §. 8. Manche verlangen mit Berger elect. process. poss. §. 22. einen einjährigen Besitz.

ist provisorisch zu schützen, so bald er eine Störung darthut, (weil diese schon Gewaltthätigkeiten befürchten läfst), ohne nach der Güte des Besitzes zu fragen; daher auch der Unterthan gegen den Regenten hier geschützt werden mufs n). B) Man begnügt sich mit einer unvollständigen Bescheinigung o). C) Dem Unterliegenden ist das *possessorium ordinarium* und *petitorium* vorzubehalten, und nach Umständen die Erstattung der Kosten p), auch, auf Verlangen, ein Angelöbnifs, den Andern nicht stören zu wollen, aufzulegen q).

§. 320.

B) Nicht-possessorische Interdicte.
a) Int. quod vi aut clam.

Zu den allgemeinen nicht-possessorischen Interdicten gehört 1) das *Interdictum quod vi aut clam*, welches dann stattfindet, wenn Jemand, selbst da, wo er ein Recht hatte, auf eine verstellte oder gewaltsame Weise r), durch Errichtung, Vernichtung, oder Wegnahme unbeweglicher, oder damit zusammenhängender beweglicher Sachen, von welchen letztern aber auch wieder die Früchte ausgenommen sind, einen bleibenden Nachtheil zufügt s). Der Kläger ist jeder, welcher bey Unterlassung der Handlung interessirt war t). Der Beklagte ist nicht blofs der Thäter, und dessen Erbe, sondern auch jeder Besitzer der Sache, jedoch mit dem Unterschiede, dafs der Thäter unbedingt auf Restitution, und binnen der gehörigen Zeit auf das volle Interesse u), der Erbe hingegen nur so weit, als er bereichert ist x), und der Dritte blofs dahin belangt werden kann, dafs er die Restitution auf Kosten des Klägers geschehen lasse y). Die Haupteinreden des Beklagten sind, dafs er die Handlung zur Rettung seiner eignen Sachen habe vorneh-

n) Leyser Spec. 499. m. 8. 9. Müller Obs. 824. vergl. mit Meiner Schr. über Bes. und Verj. 2. Thl. §. 75. A. M. ist Danz summar. Proc. §. 16.

o) Boehmer l. c. §. 10. Schaumburg princ. L. 2. c. 4. §. 8. Danz a. a. O. §. 17.

p) Vergl. Danz §. 16. a. E. mit Hommel rhaps. Obs. 884.

q) Schaumburg l. c. §. 10. not. 5.

r) L. 1. §. 2. 3. 5—9. L. 3. pr. §. 1—4. 7. 8. L. 4. L. 5. pr. §. 1—10. L. 18. §. 1. L. 20. pr. §. 1. 2. 3. quod vi aut clam (43. 24.).

s) L. 1. §. 4. L. 7. §. 5. 6. 7. 9. 10. L. 8. L. 9. L. 10. L. 11. pr. §. 1. 2. 3. L. 18. pr. L. 20. §. 4. L. 22. §. 1. 3. eod.

t) L. 7. §. 8. L. 13. §. 3. 5. L. 16. pr. eod.

u) L. 1. §. 1. L. 5. §. 11—14. L. 6. L. 11. §. 4. L. 15. §. 3—12. L. 21. §. 3. L. 22. pr. eod.

x) L. 15. §. 3. eod.

y) L. 7. pr. §. 1. L. 11. §. 6. L. 13. §. 7. L. 14. L. 16. §. 2. eod.

men müssen [z]), oder daſs der Kläger an demselben Object gleichfalls heimlich oder gewaltsam gehandelt habe [a]).

§. 321.

b) bey der operis novi nunciatio.

Gleichfalls nicht possessorisch sind 2) die Interdicte, welche bey der *operis novi nunciatio* [b]) vorkommen. Um die Natur derselben einzusehen, muſs aber zuvörderst die Lehre von der *operis novi nunciatio* erörtert werden, welche hier um so mehr einen Platz verdient, da sie zum Theil nur eine Anwendung der Grundsätze von der Vertheidigung des Besitzes enthält, und insofern genau mit der Lehre von den Wirkungen des Besitzes in Zusammenhang steht.

§. 322.

Arten der o. n. nunciatio.

Wenn von Jemandem unbefugter Weise die Errichtung oder Aenderung eines künstlichen, mit dem Boden zusammenhängenden Werks [c]) angefangen ist, so kann vor Vollendung desselben der, welcher darunter leidet, die Vollführung zu jeder Zeit [d]) auf mehrfache Art hindern, nämlich 1) durch Thätlichkeiten. Diese sind nur dem erlaubt, welcher seinen noch nicht verlorenen Besitz vertheidigt, aber auch demselben nothwendig, um nicht den Besitz zu verlieren [e]). Man nennt dieſs *nunciatio realis*, welche dann nicht allein durch Vertreiben der Arbeiter, und Zerstörung des Werks [f]), sondern auch durch das symbolische Zeichen des Hinwerfens eines Steines gegen das Werk *(iactu lapilli)* geschehen kann [g]). 2) Ohne Thätlichkeiten, entweder dadurch, daſs der Beeinträchtigte (er sey Besitzer, oder nicht) richterliche Hülfe sucht *(nunciatio publica)*, oder auſsergerichtlich, jedoch aber im Angesicht des Werks [h]), eine Protestation einlegt *(nunciatio verbalis privata)*.

z) L. 7. §. 4. eod.

a) L. 7. §. 3. L. 22. §. 2. eod.

b) G. H. Mylius D. usum doctr. de nov. op. nunc. in for. germ. sistens. Lips. 1741. F. Kaemmerer de operis novi nunciatione. Heidelb. 1807. C. F. Reinhardt ausführl. Erklär. des Pandektentitels de novi op. nunc. Stuttg. 1820. A. M. Engelhardt de operis novi nunc. Lips. 1821.

c) L. 1. §. 11. 12. de op. nov. nunciat. (39. 1.).

d) L. 1. §. 1. eod. L. 1. quod vi aut clam (43. 24.) L. 1. §. 4. h. t. (39. 1.).

e) L. 3. §. 9. de vi et vi arm. (43. 16.). Leyser Sp. 426. m. 3. 6.

f) L. 5. §. 10. h. t. (39. 1. (L. 1. C. ut nem. lic. sine iudice (2. 17.).

g) L. 6. §. 1. si serv. vind. (8. 5.) L. 5. §. 10. h. t. (39. 1.). Coccei i eod. qu. 1. I. G. P. du Roi de iactu lapilli liber singul. Helmst. 1782. Müller ad Leyser Obs. 674.

h) L. 5. §. 2. 4. eod.

Nur die letzte Art nennen die Römer *novi operis nunciatio* i), unter welchem Ausdruck erst die Neueren alle jene Arten begriffen haben. Der Inhibirende heifst Nunciant, der, gegen den die Inhibition gerichtet wird, Nunciat.

§. 323.

Wer nunciirt, und wem? Der Nunciant ist, bey Vertheidigung öffentlicher Sachen, jeder zu Popularklagen fähige Bürger k), bey Privatsachen aber der, welchem ein dingliches Recht an der Sache zusteht l), jedoch so, dafs die, welche blofs dingliche Nutzungsrechte für ihre Person haben, Namens des Eigenthümers die Handlung vornehmen müssen m). Wer ein persönliches Recht an der Sache hat, ist ohne Mandat, den einzigen Fall der Abwesenheit des Eigenthümers abgerechnet n), von der Nunciation ganz ausgeschlossen o), so wie Jeder, welcher nicht frey über seine Sachen verfügen kann p), und der Miteigenthümer gegen den andern q). Der Nunciat ist Jeder, welcher das Werk für sich, oder einen Andern vollführt, jedoch bey der gerichtlichen natürlich nur der erste allein r). Bey der gerichtlichen Nunciation kann der Nunciat von dem Nuncianten den Eid für Gefährde verlangen s).

§. 324.

Wirkungen der nunciatio. Jede Nunciation bewirkt zunächst, wenn nicht Gefahr beym Verzuge ist t), dafs der Nunciat von Vollendung des Werks abstehen mufs u), eine Verpflichtung, welche auf die allgemeinen und besondern Nachfolger des Nunciaten übergeht x), und auch den Miteigenthümer bindet, während sie dem Miteigenthümer des Nuncianten keine Rechte mittheilt y). Erfolgt die Fortsetzung, bevor dazu ein Recht erworben ist, so können der Nunciant und dessen Erben ein sogenann-

i) L. 3. L. 1. 2. L. 5. §. 10. 15. eod. Püttmann probab. cap. 20.

k) L. 3. §. ult. L. 4. h. t. (39. 1.).

l) L. 1. §. 19. L. 3. §. 3. L. 9. L. 19. eod. In Betreff der servitus viae ist sonderbar abweichend L. 14. eod. An Conjecturen darüber fehlt es natürlich nicht. S. Reinhardt S. 19—23. Engelhardt p. 14—17.

m) L. 1. §. 20. L. 2. L. 8. pr. L. 9. L. 14. L. 15. eod. L. un. §. 3. 4. de remiss. (43. 25.). Cuiac L. 1. Obs. 17. Westphal de libert. et servit. praed. §. 331.

n) L. 1. C. si per vim (8. 5.).

o) L. 3. §. 3. h. t. (39. 1.).

p) L. 5. pr. eod.

q) L. 3. §. 1. 2. eod.

r) L. 5. §. 3. L. 10. L. 18. §. 1. L. 20. §. 1. eod.

s) L. 5. §. 14. eod.

t) L. 5. §. 12. 13. h. t. (39. 1.).

u) L. 21. §. 1. eod.

x) L. 8. §. 7. §. ult. eod.

y) L. 5. §. 5. eod.

tes *interdictum demolitorium* auswirken, welches den Thäter unbedingt zur Wegschaffung auf eigne Kosten verpflichtet [z]), den Erben nach den Begriffen der Römer (§. 68.), soweit er bereichert ist [a]), und den *successor singularis* wenigstens so weit, daſs er die Vernichtung des Werks auf Kosten des Nuncianten leiden muſs [b]). Die einzelnen Arten der Nunciation haben aber noch ihre besondern Wirkungen. Die reelle verpflichtet nämlich unbedingt den Nunciaten, vor ausgemachter Sache von Fortsetzung des Werks abzustehen [c]). Eben dieſs fand sonst Statt, wenn der Nunciant sich an den Richter wandte, während die wörtliche auſsergerichtliche Nunciation bloſs bewirkte, daſs der Nunciat vor bestellter Caution, im Unterliegungsfall Alles demoliren zu wollen, nicht fortbauen durfte [d]). Allein jetzt muſs man unterscheiden, ob der Nunciant sofort die Sache gerichtlich anhängig macht, oder nicht. Im letzten Fall bleibt es beym Alten. In jenem aber darf der Nunciat das Werk sogleich nicht fortsetzen; wird aber in drey Monaten der Streit nicht geendet, so kann er unter Bestellung jener Caution fortbauen [e]). Hat der Nunciat die genannte Caution bestellt, oder verweigert der Nunciant widerrechtlich die Annahme derselben, so hat jener ein sogenanntes *interdictum prohibitorium*, um sich bey der Fortsetzung des Werks zu schützen [f]).

§. 325.

Erlöschen derselben. Die inhibitorische Kraft der Nunciation erlischt durch Veräuſserung der Sache von Seiten des Nuncianten, und durch dessen Tod [g]), so wie, nach dem Bisherigen, durch Cautions-Leistung, und durch willkührliche Remission beider Theile, und einseitige Erlaubniſs des Richters [h]). Uebrigens stehen dem Nuncianten, welcher als solcher im Gericht unterliegt, noch immer die ordentlichen Rechtsmittel offen [i]).

z) L. 20. §. 7. eod.

a) L. 8. §. ult. L. 20. §. 8. L. 22. eod.

b) L. 20. §. 8. L. 22. L. ult. eod.

c) Arg. L. 1. §. 6. L. 5. §. 10. eod. Cocceii eod. qu. 2.

d) L. 3. §. 5. 6. quod vi (43. 24.).

e) L. un. C. h. t. (8. 11.) cap. 3. 4. X. de nov. op. nunc. (5. 32.). Westphal l. c. §. 345. Boehmer I. E. P. L. 5. T. 34. §. 2.

f) L. 20. §. 9. 13. 15. L. 5. §. 17. h. t. (39. 1.).

g) L. 8. §. 6. h. t. (39. 1.).

h) L. 5. §. 19. L. 13. §. 1. 2. L. 26. eod.

i) L. 9. eod.

Besonderer Theil.

A) Regierungsrecht.

Einleitung.

§. 326.

Eintheilung der Rechtswissenschaft.

Die Gesetze lassen sich für das Ganze am zweckmäſsigsten eintheilen, wenn man von der Verschiedenheit der, durch sie begründeten rechtlichen Verhältnisse ausgeht. Von dieser Seite betrachtet, ergibt es sich sogleich, daſs es zwey Hauptarten des Rechts gibt, nämlich öffentliches *(publicum)*, wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten des Regenten, es sey nun gegen die Unterthanen, gegen seine Mitregenten, oder Auswärtige, und bürgerliches *(privatum, civile)*, wodurch die Rechte und Verbindlichkeiten der Unterthanen, es sey nun im Verhältniſs zu einander, oder gegen Auswärtige, begründet werden.

§. 327.

Fortsetzung.

Die bürgerlichen Gesetze, welche das Verhältniſs des Unterthanen zu dem Unterthanen bestimmen, nennt man vorzugsweise Privat-Recht; die hingegen, worauf die Verhältnisse der Bürger, es sey nun einzelner, oder, unter dem Namen des Staats, aller gegen Auswärtige beruhen, heiſsen Völkerrecht *(ius gentium* im neueren Latein).

§. 328.

Fortsetzung.

Die öffentlichen Gesetze sind wieder von doppelter Art, nämlich Theils solche, welche dem Regenten selbst gegeben sind, und also von demselben nicht einseitig aufgehoben werden können; Theils solche, welche von dem Regenten selbst herrühren, und insofern von ihm willkührlich zurückgerufen werden können. Gesetze der ersten Art heiſsen, weil sie das Feste der Verfassung begründen, Constitutions-Gesetze; die der letzten Art, als Folge der Ausübung der Regierung, Regie-

rungsgesetze. Ein Inbegriff jener heiſst Staatsrecht, ein Inbegriff dieser Regierungsrecht a).

§. 329.

Fortsetzung. Das Regierungsrecht ist wieder doppelt, Theils inneres, Theils äuſseres, je nachdem nämlich der Regent als Verwalter eines inneren, oder äuſseren Hoheitsrechtes öffentliche Verhältnisse bestimmt. Das erste begreift wieder die drey Hauptarten: peinliches, Cameral- und Finanz-, und das, alle übrigen Arten befassende Polizey-Recht. Aus Privat- und Regierungsrecht vermischt ist der Proceſs.

§. 330.

Inhalt des besondern Theils der Pandekten. Die Vorlesungen über die Pandekten können sich, bey der jetzigen Lage der akademischen Lehrvorträge nicht über alle diese Rechtstheile verbreiten, und die, wovon sie handeln, nicht mit gleicher Vollständigkeit darstellen. Staats- und Völkerrecht müssen, so weit sie antiquarisch sind, den Vorlesungen über Römische Rechts- und Deutsche Reichsgeschichte, in ihren praktischen Theilen aber dem Vortrage über Deutsches Staatsrecht überlassen bleiben. Eben dieſs gilt vom äuſsern Regierungsrecht. Die einzelnen Theile des inneren Regierungsrechts enthalten gleichfalls viel, den besondern Vorlesungen über Rechtsgeschichte, Staats- und peinliches Recht Angehörendes. Im Privat-Recht können die Pandekten die mehrste Vollständigkeit haben; doch sind auch hier einzelne Theile, nämlich Lehn- und Kirchenrecht, und alle einheimischen Deutschen Rechts-Institute, wieder davon auszunehmen, und in die, für sie bestimmten besondern Vorträge zu verweisen.

a) Ueber diese und die folgenden Eintheilungen s. Meine jurist. Encyclop. und Methodologie. §. 16. 26. 65. 125. Schlossers Briefe über die preuſs. Gesetzg. 1. Thl. 2. Schr.

Erster Theil.

Cameral- und Finanzrecht, in einer allgemeinen Uebersicht des gemeinen Rechts.

§. 331.

Begriff. Fiscus, Aerar, Privat-Güter des Regenten.

Unter dem Cameral-und Finanzrecht versteht man den Inbegriff der Gesetze, welche sich auf die Verwaltung und Vermehrung des Staats-Vermögens beziehen a). Das Collegium, welchem bey den Römern diese Sorge übertragen war, und welches wieder viele Büreaus (*stationes*) unter sich hatte b), hiefs schlechthin *Fiscus*, nachdem nämlich der Unterschied zwischen dem, zu allgemeinen Staats-Ausgaben bestimmten *Aerario populi*, und der, dem Kaiser zur freyen Disposition überlassenen Casse aufgehoben war c). Die dem Regenten als Privat-Mann gehörenden Güter werden *patrimonium principis* genannt. Nur dem Regenten steht das Recht zu, einen Fiscus zu haben d); ob auch dem unmittelbaren Reichsadel? war nach älterer Verfassung streitig e), und im Staatsrecht zu entscheiden.

§. 332.

Arten der Staatsgüter.

Die Staatsgüter sind von doppelter Art, Theils solche, deren Gebrauch jedem Bürger

a) C. Besold de aerar. public. Tub. 1615. C. Klock de Aerario c. not. C. Pelleri. Norimb. 1651. I. B. v. Rohr vollst. Haushältr. Leipz. 1766. I. I. Moser v. der Landeshoheit in Cameral-Sachen. Frkf. 1773. P. Burmann de vectigal. pop. Rom. Lugd. B. 1734. F. E. I. Fischer kurzer Begriff des Cameral-Rechts. Hal. 1796. A. Hofmann de vectigal. iure in gen. in specie vero de vectigal. subsidiar. Mog. 1787.

b) L. 1. C. de compensat. (4. 31.). Pufendorf T. 3. Obs. 79.

c) L. 7. 17. C. Theod. de annon. et tribut. L. 13. de iure fisci (49. 14.). Guther de offic. dom. august. L. 3. c. 18. 31. 42. Racvardi var. L. 4. c. 4.

d) C. d. C. O. P. 2. T. 21. §. 3. J. R. A. §. 165.

e) Siebenkees Magaz. 1. B. n. 13.

freysteht *(res publicae s. str.)*, Theils solche, welche zum Besten des Ganzen bestimmt sind, aber nicht von jedem Einzelnen benutzt werden können *(patrimonium populi)*. Zu den ersten gehören alle zum allgemeinen Gebrauch bestimmten Staats-Gebäude, alle gröſseren Flüsse im, und alle Seeufer am Staatsgebiet [f]), so wie alle öffentlichen Heerstraſsen [g]). Die Sachen der letzten Art können sehr mannigfaltig seyn, waren es aber bey den Römern nicht so sehr, wie bey uns. Die Palläste des Kaisers, die Staatsländereyen, Wälder, Heerden und Bergwerke waren die wichtigsten [h]).

§. 333. a)

Besondere Interdicte wegen derselben.

Zur Schützung öffentlicher Sachen finden natürlich alle gewöhnlichen possessorischen und petitorischen Rechtsmittel Statt, insbesondere aber noch folgende, durch den Prätor eingeführte, und auſser dem Verletzten Jedem aus dem Volk zustehende Interdicte [i]), nämlich: A) das *Interdictum ne quid in loco sacro fiat* [k]). Unter dem Ausdruck *res sacrae* werden hier auch die öffentlichen *res sanctae* (§. 256.) begriffen [l]). Der Zweck des Interdicts, welches nicht bloſs den Vorstehern solcher Sachen, sondern Jedem aus dem Volk zusteht [m]), geht wider den Thäter auf Restitution dessen, was widerrechtlich geschah, und auf Hinderung für die Zukunft [n]). B) Das *Interdictum ne quid in loco publico vel itinere fiat*. Der Zweck dieses, Jedem aus dem Volk, und insbesondere dem Verhinderten, zustehenden Inter-

f) L. 3. ne quid in loc. publ. (43. 8.) L. 5. pr. de rer. div. (1. 8.). F. L. v. Cancrin Abh. v. dem Wasserrechte. Hal. 1790. 2. B. 8.

g) I. V. Bechmann de iure viar. publ. Ien. 1670. C. E. Reichenbach de regali viar. publicear. iure. Frkf. 1679. A. Fritsch de regal. viar. publ. iure (op. T. 1. P. 1. n. 14.).

h) Tit. C. de fund. et saltib. (11. 65.) Tit. C. de fund. patrim. (11. 61.) Tit. C. de pascuis publ. (11. 60.) Tit. C. de greg. domin. (11. 75.) Tit. C. de palat. et dom. (11. 76.). Burmann c. 1. 2. 3. 4. 12.

i) Ueberh. L. 1. de loc. et itin. publ. (43. 7.). E. C. Westphal de libertate praediorum. cap. 3 —12.

k) Tit. P. ne quid in loco sacro fiat (43. 6.).

l) L. 2. 3. eod.

m) L. 1. §. 3. eod. L. 2. §. 2. ne quid in loco publ. (43. 8.) L. 10. C. de episc. et cler. (1. 3.).

n) L. 1. h. t. (43. 6.) L. 2. §. 19. ne quid in loco publ. (43. 8.).

diets ergibt sich schon aus dem Namen o). C) Das *Interdictum de loco publico fruendo* ist allen denen gestattet, welche öffentliche Sachen zur besondern Benutzung erhalten haben, wenn sie in der, ihnen gebührenden Benutzung gestört werden p). D) Werden öffentliche Heerstrafsen beschädigt, behindert, oder von den Landanliegern nicht nach Mafsgabe ihrer Landstücke gebessert, so steht den Wegeaufsehern, und Jedem aus dem Volk, das *interdictum de via publica et si quid in ea factum esse dicatur* auf Restitution, oder Besserung zu q), so wie E) das *interdictum de via publica et itinere publico reficiendo* in dem Fall, wenn die Wegebesserung gehindert wird, für Jeden aus dem Volk, und insbesondere den Behinderten, stattfindet r). F) Zum Zweck des ungehinderten Gebrauchs öffentlicher Flüsse gibt der Prätor drey, schon durch ihren Namen charakterisirte Interdicte, nämlich: das *Interdictum ne quid in flumine publico, ripave eius fiat, quo peius navigetur*; das *interdictum ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priori aestate fluxit*, und das *interdictum ut in flumine publico navigare liceat* s). Endlich kann sich G) des *interdicti de ripa munienda* Jeder bedienen, welcher an der Vollendung einer, seinen anliegenden Ländereyen nützlichen, und der Schifffahrt nicht nachtheiligen Eindämmung öffentlicher Flüsse, oder anderer Gewässer, Sümpfe und Gräben verhindert wird, und auf zehn Jahre wegen des, aus der Vollendung des Werks etwa entstehenden Schadens zu caviren bereit ist t).

§. 333. b)

Mittel der Erwerbung. 1) Privilegia fisci.

Die Mittel, ein Staatsvermögen herbeyzuschaffen, können sehr mannigfaltig seyn. Bey den Römern gehörten besonders dahin eine Menge von Privilegien, welche dem Fiscus in Verhält-

o) Tit. P. de locis et itin. publ. (43. 7.) Tit. P. ne quid in loco publico vel itinere fiat (43. 8.).

p) Tit. P. de loco publico fruendo (43. 9.).

q) Tit. P. de via publica et si quid in ea factum esse dicatur (43. 10.).

r) Tit. ff. de via publica et itinere publico reficiendo (43. 11.).

s) S. die gleichlautenden Titel der Pandekten Lib. 43. T. 12. 13. 14.

t) Tit. P. de ripa munienda (43 15.).

nifs zu Privat-Personen beygelegt waren, so wie die Erhebung mannigfaltiger Zölle und Abgaben. Nur von den letzten kann hier das Nöthige erinnert werden; die Privilegien des Fiscus greifen in alle einzelnen Materien ein, und sind daher der Deutlichkeit wegen, Theils schon beyläufig (in der Lehre von den Zinsen, der Gewähr des Eigenthums und der Mängel) angegeben, Theils in der Folge gelegentlich zu bemerken [u].

§. 334.

2) Zölle und Steuern.

Unter Zoll *(vectigal, telonium)* versteht man Alles, was für den Ein- oder Ausgang von Personen, oder Sachen gezahlt werden mufs [x]. Wird er für Personen gezahlt, so nennt man ihn Personen-Zoll *(pedagium)*, und sofern er für die sichere Passage gezahlt wird, Geleits-Zoll *(guidagium)*; wird er hingegen für Sachen gezahlt, so heifst er Waaren-Zoll *(portorium)* [y]. Unter dem Ausdruck Steuern *(tributa)* hingegen begreift man Alles, was von den Unterthanen als solchen, es sey nach den Köpfen, dem Reichthum, oder dem Besitz unbeweglicher Güter gezahlt werden mufs. Die Steuern können also dingliche oder persönliche seyn. Bey den Römern waren sie in der Regel das erste [z], und zwar nach einem feststehenden Mafsstabe; doch wurden zuweilen auch aufserordentliche Steuern aufgelegt [a].

§. 335.

Wer kann sie auflegen?

Das Recht, Zölle und Steuern einzuführen, steht nur der höchsten Gewalt im Staate zu [b]. In Deutschland war ehemals dieses Recht in Betreff der Territorial-Regenten auf mannigfaltige Weise beschränkt. Die Entwicklung der Grenzen dieser Beschränkung gehört aber in das Deutsche Staatsrecht. Bey

u) Ein ziemlich vollständiges Register s. bey Lauterbach coll. theor. pr. L. 49. Tit. 14. §. 7—14.

x) L. 17. §. 1. de V. S. (50. 16.) L. 5. 6. 8. 9. C. de vectig. et commiss. (4. 61.).

y) cap. 4. X. de cens. (3. 39.) cap. 26. X. de V. S. (5. 50.) cap. 4. de cens. in 6. (3. 20.).

z) Tit. C. de annonis et tribut. (10. 16.). Sigonius de antiquo iure civium Romanor. L. 1. c. 16.

a) Tit. C. de superindict. (10. 18.).

b) L. 10. pr. de publican. (39. 4.) L. 3. C. vectigal. nov. (4. 62.).

den Römern betrugen die Zölle gewöhnlich 8 Procent, daher der Name *Octavarium* c).

§. 336.

Erhebung der Zölle und Steuern, besonders der ersten durch Pächter.

Die Erhebung der Zölle und Steuern steht gleichfalls nur dem Regenten, oder den, von ihm hiezu besonders bestellten Personen zu. Bey den Römern kamen sie in der Regel erst durch die zweyte oder dritte Hand in die Casse des Fiscus d). Die Zölle wurden häufig an gewisse Personen oder Compagnien *(publicanos)* verpachtet e), welche dann wieder andre als Gesellschafter annahmen, und ihre Einheber *(magistros)* und Auflaurer *(stationarios)* unter sich hatten f). In der Regel wurden alle Personen, selbst Weiber, zu solchen Pachtungen gelassen g), nur nicht Soldaten, in Rückstand gebliebene Zollpächter, Staatsschuldner, welche keine Sicherheit leisten können, Vormünder vor abgelegter Rechnung, Haussöhne, und Juden h). Zur Annahme einer solchen Pachtung ward aber im Ganzen Niemand gezwungen i).

§. 337.

Strafe des Betrugs der Erheber der Zölle.

Um der Betrügerey der Zöllner zu steuern, gestattete der Prätor eine vermischte Klage (§. 65.) aufs Doppelte im Fall eines widerrechtlich genommenen Zolls, wodurch jedoch, wenn die Erpressung zugleich ein andres Verbrechen enthielt, die gewöhnlichen Pönal-Klagen nicht ausgeschlossen waren k). Diese ungenannte prätorische Klage kann zwar von den Erben l), aber nach Römischem Recht nicht gegen die unbereicherten Erben angestellt werden m), welches jetzt

c) L. 7. 8. C. de vectigal. (4. 61.).

d) Tit. C. de exactor. tributor. (10. 19.) Tit. C. de executor. et exactor. (12. 61.) Tit. C. de susceptor. praepos. et aerar. (10. 70.) Tit. C. de quaestor. et magistr. offic. (12. 6.) Tit. C. de offic. comit. sacr. larg. (1. 35.). Burmann l. c. cap. 8.

e) L. 13. §. 1. de publican. (39. 4.).

f) L. 2. C. de curios. et stationar. (12. 23.).

g) L. 47. de publican. (39. 4.).

h) L. 9. §. 2. 3. eod. L. un. C. quib. ad cond. praed. fisci acced. non lic. (11. 72.) cap. pen. x. de Iudaeis (5. 6.).

i) L. 3. §. 6. de iure fisci (49. 14.) L. 4. C. de susceptor. (10. 70.) L. 11. §. ult. de publican. (39. 4.).

k) L. 1. pr. L. 3. L. 12. pr. de publican. (39. 4.).

l) L. 13. §. ult. eod.

m) L. 4. pr. L. 16. §. 13. eod.

wegfällt (§. 68.), und zwar nicht blofs wegen eines Betrugs des Zöllners, sondern auch der Familie und Diener desselben [n]). Gegen mehrere Zöllner geht sie zunächst nur *pro rata*; doch haften alle, und deren Bürgen, subsidiarisch wegen des Ganzen [o]). Wird das widerrechtlich Erhobene vor angestellter Klage zurückgegeben, so erlischt diese [p]).

§. 338.

Strafe der Defraudation der Zölle.

Alles zu Verzollende mufs, selbst im Fall einer besondern Befreyung, bey dem Ein- oder Ausgange der Behörde angezeigt werden. Geschieht diefs nicht, und zwar arglistig, so ist die Waare nebst dem Fahrzeuge der Zollstelle verfallen [q]), und kann von dem Defraudanten, und jedem dritten Besitzer, und insofern denn auch von den Erben vindicirt werden [r]); wird es hingegen aus Versehen unterlassen, so ist der doppelte Zoll zu erlegen [s]); geschah es aber ohne alle Schuld, so treten keine Strafen ein [t]). Wird die verfallene Sache *(commissum)* arglistig vernichtet, so kann deren Werth gefodert werden [u]). In einigen Fällen treten aber jene Strafen nicht ein, nämlich 1) wenn die verwirkte Sache durch Zufall untergeht [x]), oder 2) die Confiscation nicht innerhalb 5 Jahren gefodert ist [y]); ferner 3) wenn der Defraudant ein Unmündiger ist, und in 30 Tagen den Zoll nachzahlt, oder 4) ein Soldat oder Minderjähriger ohne Arglist [z]). 5) Wenn die Zöllner und deren Diener selbst zur Verheimlichung reizten [a]). Haben übrigens die Zöllner angegebene Sachen frey passiren lassen, so tragen sie den Schaden [b]).

§. 339.

Befreyung von Zöllen.

Gewisse Personen und Sachen sind nach gemeinem Recht von Waarenzöllen befreyt;

n) L. 1. pr. §. 5. L. 3. pr. L. 12. §. 1. 2. eod.

o) L. 6. eod. L. 46. §. ult. de iure fisc. (49. 14.) L. 11. 13. ad municipal. (50. 1.).

p) L. 1. L. 5. de publican. (4. 39.).

q) L. 8. L. 11. §. 2. L. 16. §. 11. de publican. (39. 4.) L. 4. §. 1. L. 16. §. 3. eod.

r) L. 8. pr. L. 11. §. 3. L. 13. L. 14. eod.

s) L. 16. §. 5. 10. eod.

t) L. 4. §. 11. L. 16. §. 8. eod.

u) L. 2. C. eod. (4. 61.).

x) L. 2. C. cit.

y) L. 2. C. cit.

z) L. 3. C. eod. L. 9. §. pen. de minor. (4. 4.) L. 7. §. 1. L. 16. §. 9. de publican. (39. 4.).

a) L. 16. §. 6. eod.

b) L. 16. §. 12. eod.

doch fällt diefs Privilegium in dem Fall einer öffentlichen Bedrängnifs, oder wenn der Zoll eine Vergütung in sich begreift, wieder weg c). Ausgenommen sind a) der Fiscus d); b) nach älterer Verfassung alle zu den Deutschen Reichs- und Kreis-Versammlungen, und zu den Reichsgerichten gehörenden Personen und deren Diener e); c) Geistliche f); d) Professoren, Doctoren und Studirende nach der, durch die Gesetze g) freilich wenig unterstützten Meynung der mehrsten älteren Praktiker h); e) auswärtige Gesandten in Rücksicht des Ausfuhr-, nicht des Einfuhrzolls i); f) alle zum eignen Gebrauch k); oder g) für Armeen bestimmten Sachen l); h) Waaren, welche der Nothwendigkeit wegen gelandet wurden m). Häufig hält man auch noch i) die auf Jahrmärkte gebrachten, oder darauf erhandelten Waaren für ausgenommen n). Allein das Gesetz, worauf man sich beruft o), sagt davon kein Wort p).

§. 340.

Erhebung der Steuern. Die ausgeschriebenen Steuern müssen in der Regel von einem Jeden gezahlt werden. Nur die Privat-Güter des Regenten sind von aufserordentlichen q), und geistliche Güter von allen Grundsteuern ausgenommen r). Der Betrug der Schuldner und Erheber wird auch hier gestraft s). Privat-Verträge, wodurch die Grundsteuern verlegt werden, sind so null und nichtig, dafs nicht einmal unter den Contrahenten dar-

c) L. 7. C. de SS. eccl. (1. 5.) L. 17. C. de oper. publ. (8. 12.) L. 4. C. de priv. dom. (11. 74.) L. 4. 5. 10. 13. C. de annon. et trib. (10. 16.). Mevius P. 6. D. 127.

d) L. 9. §. 8. de publican. (39. 4.).

e) J. R. A. §. 135. W. C. §. 6. 24—31.

f) cap. 4. de cens. in 6. (3. 20.).

g) Auth. Habita C. ne fil. pro patre (4. 13.) L. 6. C. de vectigal. (4. 61.).

h) Stryk U. M. L. 39. T. 4. §. 11.

i) L. 8. C. de vectigal. (4. 61.).

k) L. 5. C. eod. L. 4. §. 1. de publican. (39. 4.).

l) L. 4. §. 1. L. 9. §. 7. eod.

m) L. 15. L. 16. §. 8. eod.

n) Klock de contr. cap. 3. n. 8.

o) L. un. C. de nundin. (4. 60.).

p) Müller ad Leyser Obs. 942.

q) L. 2. de collat. fund. patrim. (11. 73.) L. 1—5. C. de privil. dom. aug. (11. 74.).

r) Auth. Item nulla commun. C. de episc. et cleric. (1. 3.) cap. 4. de cens. in 6. (3. 20.). Boehmer ius paroch. S. 5. c. 3.

s) L. 2. 6. C. de censib. (11. 57.).

aus Verbindlichkeiten entspringen t); doch versteht es sich, dafs die Verträge gelten, wodurch Jemand die Vergütung der, auf seine Rechnung gezahlten Steuern verspricht u).

t) L. 1. 2. 3. C. sine cens. vel reliqu. (4. 47.). I. T. Richter de pact. quo quis fund. sine trib. hab. vel alienat. prohib. Lips. 1771. G. S. Madihn progr. de virtute convent. qua fundi vendit. tribut. in vend. transf. Trai. ad V. 1778. Glück Erl. d. Pand. 16. B. S. 130—134. A. M. ist Carpzov P. 2. C. 31. D. 21. und zum Theil Cocceii 1. C. L. 18. T. 1. qu. 16.

u) L. 42. L. 52. §. 2. de pact. (2. 14.).

Zweyter Theil.

Polizey-Recht.

§. 341.

Begriff. Der Begriff des Polizey-Rechts, worunter nach der Etymologie eigentlich das ganze Regierungsrecht verstanden werden sollte, aus welchem man aber nach und nach einzelne Theile unter einem besondern Namen (nämlich das Criminal-, Cameral- und Finanz- und Proceſs-Recht) herausgerissen hat, läſst sich eben deſswegen nur negativ dahin definiren: es begreift alle denkbaren Arten der Regierungsgesetze mit Ausnahme der vorhin genannten.

§. 342.

Theile. Die Lehre von den Deutschen gemeinen und particulairen Polizey-Gesetzen bleibt im Vortrage über die Pandekten ausgeschlossen. Nur das Römische Recht gehört hieher; doch müssen hier gleichfalls viele, Theils antiquarische, Theils in andre dogmatische Collegien eingreifende Materien, wie z. B. die Gesetze über militairische und kirchliche Verfassung, über Schauspiele, Polizey-Vergehen, u. dergl. übergangen werden a). Manches läſst sich bequemer im Privat-Recht gelegentlich anbringen. Was vor allen Dingen hieher gehört, ist die Lehre von dem Schutz, unter welchen der Staat die, eines Vorgesetzten bedürfenden Personen gestellt hat. Die Lehre von der väterlichen Gewalt und den Vormundschaften erschöpft alles dahin Gehörende.

a) Einiges über die Polizey-Gesetze der Römer enthält C. C. Heubach de politia Romanorum. Goett. 1791. E. L. F. Arnold D. de leg. Rom. quae politiam spectant usu hod. Goett. 1800.

Erster Abschnitt.

Ueber die väterliche Gewalt.

§. 343.

Einleitung. Die Lehre von der väterlichen Gewalt erfodert die Beantwortung der vier Fragen: welches ist die Natur der väterlichen Gewalt, und welche Rechtsverhältnisse werden dadurch begründet [b])? Wie entsteht? wie erlischt sie? und wie wird sie wieder hergestellt?

Erste Abtheilung.

Natur der väterlichen Gewalt und rechtliche Folgen derselben.

§. 344.

Begriff der väterlichen Gewalt. Die Römischen Gesetze sind hier vielfach von der Grundidee ausgegangen, dafs der Vater ein Imperium über seine Kinder habe, d. h. dafs er mit seiner Familie in eben dem Verhältnifs, wie der Regent zum Bürger, stehe [c]); doch ist dieses Recht so mannigfaltig erweitert (aber ohne je auf das Sacheneigenthum zu kommen) und beschränkt, dafs sich das Verhältnifs zwischen Vater und Sohn nicht durch ein einfaches Merkmal charakterisiren läfst [d]). Die Folgen desselben sind erschöpfend angegeben, wenn man die zwey Fragen beantwortet: welche Rechte begründet es zwischen Vater und Sohn? und in welchem Verhältnifs stehen beide zu Andern? Alles, was hierüber zu sagen ist, mufs aus dem Römischen Rechte entlehnt werden;

b) S. überh. G. A. Enenkel Tr. de privil. parent. et lib. Tub. 1618. 4. P. Paschalis de viribus patr. potest. Vratisl. 1672. Fol. G. A. Renz D. mixtura iur. Rom. et germ. in mat. patr. potest. Tub. 1735.

c) Aus dem Eigenthum wird die väterliche Gewalt abgeleitet von Bynkershoek de iure occid. vendend. et expon. liber. ap. vet. Rom. (op. T. II.). Robert de Bynkershoekii eiusque contraria Gebaueri doctrin. de p. p. R. aut. Marb. 1782. Allein s. Gebauer Diss. II. de patr. potest. 1750. 1751. (Ex. T. 1.). I. C. Iensen de patr. Rom. potest. Kil. 1784. Robert kl. jur. Abh. S. 19—23. Günther de patr. vet. Rom. potest. ex iure dom. non repetend. Lips. 1786. K. F. D. Moser Beytr. zur Röm. Rechtskunde. Stuttg. 1815. S. 25—32.

d) Lib. 215. de V. S. (50. 16.).

denn kein gemeines einheimisches Reichsrecht ändert die Vorschriften des ersten e).

§. 345.

Eintheilung der Rechte des Vaters.

In Betreff der ersten Frage mufs man wieder die Rechte, welche Vater und Sohn als solche haben, von denen, welche nur eine Folge der bestehenden väterlichen Gewalt sind, wohl von einander unterscheiden. Jene pflegen diejenigen, nach deren Ideen die väterliche Gewalt schon im Naturrecht gegründet ist, die natürliche, diese die bürgerliche väterliche Gewalt zu nennen.

§. 346.

Arten der Kinder.

Die Rechte der ersten Art stehen zuweilen auch Eltern und Kindern zu, welche nie durch väterliche Gewalt verbunden waren. In dieser Hinsicht ist es vorläufig wichtig, die verschiedenen Arten der Kinder zu unterscheiden. Diese sind entweder 1) *Legitimi*, wenn sie zur gehörigen Zeit (§. 366.) aus einer wahren Ehe erzeugt sind, wohin man juristisch auch die, durch bürgerliche Institute (Legitimation und Adoption) in dasselbe Verhältnifs gebrachten Kinder zählen mufs. 2) *Illegitimi*. Diese sind entweder a) *naturales*, wenn sie aus dem, bey den Römern tolerirten, aber jetzt aufgehobenen Concubinat, wobey Kinder und Mutter am Stande des Vaters und Mannes nicht Theil nahmen, und die Kinder der Mutter folgten f), erzeugt sind g); wiewohl man jetzt häufig alle, nicht aus Ehebruch oder Blutschande erzeugten unehelichen Kinder *naturales* nennt h); oder b) *Spurii*, wenn der Beyschlaf aufser der Ehe, aber mit keiner feilen Person, und zwar einer solchen, welche man damals hätte heirathen können; c) *vulgo quaesiti*, wenn er mit einer, sich mehreren Männern preis gebenden Person ge-

e) A. M. sind C. Thomasius de usu iur. patr. Rom. sec. mores Germ. et ius Boruss. revisum. Hal. 1694. I. F. Eisenharth bes. Rechtsfälle. 1. B. n. 9. Allein s. Pufendorf T. 1. Obs. 98. F. A. Hommel de usu hodierno patr. pot. Rom. Lips. 1732. Cocceii I. C. L. 1. T. 6. qu. 20. et Emminghaus ibid.

f) Tit. P. de concubin. (25. 7.). R. A. v. 1548. Tit. 25. v. J. 1577. Tit. 26. Thomasius D. de concubinatu. Hal. 1713. G. Z. Winkler de genuino concub. ex mente leg. Rom. conc. Lips. 1744.

g) Tit. C. de nat. lib. (5. 27.) Nov. 89.

h) I. S. Stryk de liberis natural. Hal. 1700.

schah i); d) *adulterini*, wenn die Kinder von Ehebrechern erzeugt oder geboren *); e) *incestuosi*, wenn sie aus einer Blutschande gezeugt wurden. Die letzten werden auch *ex coitu damnato progeniti* genannt k). Uebrigens ist es die höchste Willkühr, wenn die Praxis fast allgemein den *spuriis* die Rechte der *naturalium* im Sinn der Römer beylegt l). Dafür lassen sich aber entscheidende Gründe anführen, daſs Kinder im Zweifel für legitime anzusehen sind m), und daſs man den Brautkindern in dem Einen Fall, aber nicht weiter n), die Rechte ehelicher Kinder einräumen muſs, wenn die Widerspänstigkeit des, zur Ehe verurtheilten Vaters die Eingehung derselben hinderte o).

§. 347.

I) Verhältniſs des Vaters zu den Kindern, 1) als Vaters. A) Pflicht zu alimentiren.

Die erste Pflicht des Vaters ist, seinen ehelich gebornen, und den, unter seiner Gewalt befindlichen bürgerlichen Kindern den Unterhalt zu reichen, und zwar nicht bloſs so weit es nöthig ist, ihnen das Leben zu fristen *(alimenta naturalia)*, sondern ihrem Stande und seinem Vermögen gemäſs *(alimenta civilia)*; jedoch das Letzte nur insofern, als sie nicht wider seinen Willen, auf unerlaubte Art, sich eine gewisse Lebensart wählen p). Nächst dem Vater ist die wohlhabende Mutter (und bey unehelichen Kindern allein) dazu verbunden q), und dann folgen vereinigt die legitimen

i) L. 23. de stat. hom. (1. 5.).

*) Das R. R. nimt nur in Beziehung auf Ausschweifungen verheiratheter Weiber und Bräute einen Ehebruch an; aber das Kanonische Recht auch bey verheirateten Männern. L. 6. §. 1. L. 13. §. 3. L. 34. §. 1. ad L. Iul. de adult. (48. 5.) c. 15. 16. 23. Causs. 32. q. 5. Glück Erl. d. Pand. 23. B. §. 1207.

k) Vergl. Nov. 89. c. 15. mit Nov. 12. pr. cap. 1.

l) Pufendorf T. 1. Obs. 89. T. II. Obs. 49. Struben 1. B. 48. Bed.

m) Leyser Sp. 613. m. 9. Stryk l. c. cap. 1. n. 48—52. A. M. ist Boehmer I. E. P. L. 5. T. 11. §. 11.

n) A. M. war oft Praxis und Theorie Koch succ. ab intest. §. 27. Müller ad Leyser Obs. 82.

o) Hagemann und Günther Archiv. 4. Thl. S. 177. fgg.

p) L. 4. 5. de agn. vel al. lib. (25. 3.). C. G. Eisenstuck quae iura in alend. et educand. lib. secund. statum natural. et civil. obtin. Lips. 1794. C. G. Ehrenberg de aequali parentum auxilio. Lips. 1723. c. 2. §. 3.

q) L. 5. §. 4. 6. eod. Nov. 117. cap. 7. Voet L. 25. T. 3. §. 6. 7. C. G. Knorr de alimentis a matre liberis praestandis. Hal. 1756.

väterlichen Ascendenten r), so wie die mütterlichen ehelichen Ascendenten s), endlich aber eheliche Geschwister und *naturales* im Sinn der Römer t). Umgekehrt haben die Ascendenten, welche Alimente geben müssen, das Recht, sofern sie arm sind, von ihren Descendenten dergleichen zu fodern u). Hierauf beruht denn auch die, den Verwandten eingeräumte Wohlthat der Competenz x). Uebrigens nimt man fast allgemein an, daſs Kinder, welche Alimente erhalten, dafür zu häuslichen Diensten verpflichtet sind y), und daſs der Alimentgeber verlangen kann, das Kind unter seinen Augen erziehen zu lassen z). Das Recht, die Kinder auszusetzen, kann natürlich mit jenen Grundsätzen nicht bestehen a).

§. 848.

Fortsetzung. Die Pflicht der Väter zur Alimentation findet nach Römischem Recht nur in Betreff der legitimen Descendenten und Concubinen-Kinder, sofern diese keine *incestuosi* sind, Statt b); nach Kanonischem Recht aber auch in Betreff der *spuriorum* und *adulterinorum* c). Die Praxis hat daher dem Vater unbedingt die Pflicht aufgelegt, unehelichen Kindern aller Art die natürlichen Alimente vor der Mutter zu geben, und der Mutter Ent-

r) L. 5. §. 2. 5. L. 8. l. c. Glück Erl. d. Pand. 28. B. S. 209—219.

s) S. die vorige Note und Glück a. a. O. S. 219. 220.

t) L. 13. §. 2. de admin. et peric. tut. (26. 7.) L. 1. §. 2. de tutel. et rat. distr. (27. 3.) L. 4. ubi pupill. educ. vel mor. (27. 2.) Nov. 89. c. 12. §. 6. Sande de singulari fratrum iure §. 20. fgg. Meine Versuche 1. B. n. 12. A. M. ist noch jetzt Weber in den Noten zu Höpfner §. 105. not. 2. und zum Theil H. C. Stever an e iure Iustinianeo patri incumbat onus alendi spurios. Rostoch. 1816. p. 9. 10. in not.

u) L. 5. §. 1. 2. 13. 17. h. t. (25. 3.) L. 5. C. de patr. potest. (8. 47.).

x) Vergl. oben §. 107.

y) Harprecht de operis lib. quas suis parent. deb. et praestant. Idem de salario pro operis lib. praestand. (beide in dessen Diss. Vol. 1. n. 1. 2.). Leyser Sp. 17. m. 2. Müller ad Leyser Obs. 88. Faber Err. pragm. D. 41. Er. 8. Struben 3. B. 49. Bed.

z) I. G. Bauer de patre ad lib. qui bona habent alendor. oblig. §. 7—9. (op. T. 1. n. 4.).

a) L. 4. h. t. (25. 3.).

b) L. 5. §. 1. 6. h. t. (25. 3.) Nov. 89. c. 12. 15. vergl. mit Nov. 12. pr. c. 1. Stever Diss. cit.

c) Cap. 5. X. de eo qui duxit quam poll. (4. 7.). Abweichende Ideen s. im Archiv für civilist. Praxis 1. B. 1. Hft. nr. 7. 3. B. 3. Hft. nr. 26.

schädigung zu leisten d); nur darf der Vater durch die Concurrenz mehrerer Concumbenten nicht ungewiſs seyn e), wiewohl Manche in dem Fall, wenn die Mutter zur Ernährung des unehelichen Kindes nicht fähig ist, den mehreren Concumbenten verhältniſsmäſsig die Pflicht der Alimentation auflegen f), oder gar Solidarpflichten g). Entfernte Ascendenten sind aber zur Alimentirung der unehelichen Kinder ihrer Kinder nicht verpflichtet, Tochterkinder ausgenommen h).

§. 349.

Anfang derselben.

Mit dem Augenblick des Bedürfnisses fängt die Verpflichtung zur Alimentation an. Daſs der Vater zur Alimentation des Kindes in den ersten 3 Jahren nichts herzugeben brauche, läſst sich nicht behaupten, sondern nur soviel, daſs, wenn die Mutter das Kind solange säugt, die hierdurch ersparten Nahrungsmittel vom Vater nicht herbeyzuschaffen sind i).

§. 350.

Wegfallen derselben.

Die Verpflichtung, Kindern die Alimente zu geben, fällt weg, a) wenn sie sich von den Früchten ihrer eignen Sachen, oder ihren Arbeiten selbst erhalten können k). Haben Vater und Mutter in einer solchen Lage dennoch von dem Ihrigen die Alimente gegeben, so können sie es unter der Verwahrung thun, sie wiederfodern zu wollen. Unterlassen sie dieſs, so wird von ihrer Seite in Verhältniſs zu den Kindern eine Schenkung vermuthet, nicht aber von andern Ver-

d) Carpzov P. 4. C. 27. D. 5. Stryk U. M. L. 25. T. 3. §. 2. Ueber die Satisfactionsfoderungen der Mutter s. besonders Glück a. a. O. S. 154.

e) G. I. Lindner de obligat. alendi liberos illegitimos. Alt. 1796. §. 17. 18.

f) Ehrenberg l. c. cap. 1. §. 3.

g) Gottschalk disc. for. T. 3. c. 9.

h) L. 5. §. 5. h. t. (25. 3.). Wernher P. 1. Obs. 134. Stryk l. c. §. 3. I. C. Rüdinger de avo paterno ad alimenta nepoti illegit. praestanda obligato. Glück Erl. d. Pand. 28. B. S. 221—230. A. M. ist G. L. Menken de avo patern. ad alimenta nepoti illegit. praest. non obligat. (in op.). Quistorp Beytr. 1. B. n. 5.

i) L. 9. C. de patr. pot. (8. 47.). Bauer l. c. §. 6.

k) L. 5. §. 7. h. t. (25. 3.) L. ult. §. 4. 5. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Bauer l. c. §. 13. fgg. A. M. ist Pfizer von der Collation. §. 139—144.

wandten l). Es versteht sich jedoch von selbst, dafs der, welcher Alimente geben mufste, sie nachher, wenn der Alimentar zu Vermögen kommt, nicht als freywilliger Geschäftsführer, noch aus den Gründen, warum Schenkungen widerruflich sind, zurückfodern kann m). b) Wenn der Alimentar stirbt, oder c) sich eines groben Verbrechens schuldig macht n); doch pflegt man hier den Alimentar nur der bürgerlichen Alimente für verlustig zu erklären o). d) Wenn der, zur Alimentation Verpflichtete stirbt. Nur auf die Erben des Sohnes geht dessen Verbindlichkeit über, sofern der Vater sehr verarmt ist p).

§. 351.

B) Recht auf Ehrfurcht.

Das Verhältnifs zwischen Vater und Kindern erzeugt ferner die Verbindlichkeit der letzten, ihrem Vater eine besondere Ehrfurcht zu beweisen q). Verbrechen gegen den Vater werden daher besonders hart bestraft r); die Kinder dürfen ihn in der Regel weder peinlich anklagen s), noch durch eine beschimpfende Klage in Anspruch nehmen t); und selbst da, wo sie klagen dürfen, den Vater nicht ohne Erlaubnifs vor Gericht ziehen u).

§. 352.

Rechte der Mutter.

Auf die bisher erwähnten Rechte des Vaters hat auch die Mutter Anspruch x), so wie zuweilen auf ein subsidiaires Erziehungs- und Tutelar-

l) L. 34. de negot. gest. (3. 5.) L. 11. C. eod. (2. 19.) L. 50. famil. hercisc. (10. 2.). Müller ad Leyser Obs. 583. Gottschalk disc. for. T. 3. c. 10.

m) L. 11. L. 13. C. de neg. gest. (2. 19.). Berger elect. disc. for. L. 1. P. 15. §. 1. A. M. sind G. L. Winkler de revocatione subsidii paterni. Lips. 1794. Hellfeld iur. for. §. 1290. In Rücksicht der Armencassen nimt das Gegentheil an Gottschalk disc. for. T. 1. c. 30.

n) L. 5. §. 11. h. t. (25. 3.).

o) Voet eod. §. 18. Stryk eod. §. 7.

p) L. 5. §. 2. 17. eod. Viel weiter gehen in Betreff der Erben des Vaters unehelicher Kinder: Quistorp peinl. R. 1. B. §. 482. Derselbe Beytr. 1. B. n. 5. Lindner l. c. §. 25.

q) L. ult. de obsequ. patr. et par. (37. 15.).

r) §. 6. I. de publ. iud. (4. 18.) L. 9. ad L. Pomp. de parricid. (48. 9.).

s) Arg. L. 17. C. de his qui acc. non poss. (9. 1.).

t) L. 11. §. 1. de accus. (48. 2.) L. 11. de dolo malo (4. 3.).

u) L. 4. §. 1. de in ius voc. (2. 4.).

x) L. 4. de curator. furios. (27. 10.). N. C. Lynker de matris potestate in liberos. Ien. 1688. und 1728.

Recht (§. 469. 494. 505.); die folgenden Vorrechte der väterlichen Gewalt stehen aber nur allein Männern, niemals Weibern zu y). Deutsche Statute haben freilich das mütterliche Ansehen häufig erweitert. Es läſst sich aber hier darüber nichts sagen, weil kein gemeines Deutsches Recht in dieser Materie vom Römischen abweicht z).

§. 353.

a) Folgen der väterlichen Gewalt. A) Einheit der Person.

In Ansehung des Verhältnisses zwischen Vater und Sohn bewirkt die väterliche Gewalt, 1) daſs beide in privatrechtlicher Hinsicht a), mit Ausnahme der besondern Fälle, da der Sohn auch in diesem Betracht für selbstständig erklärt ist b), als Eine juristische Person angesehen werden c). Folgen hievon sind, A) daſs zwischen beiden in der Regel, die Fälle, da beide sich vermöge eines gesetzlichen Gebots etwas geben können oder müssen, abgerechnet d), keine bürgerlich vollgültige Verträge geschlossen werden können, so wie zwischen Geschwistern, welche das Band der väterlichen Gewalt vereinigt e); jedoch entstehen aus diesen Verträgen nach aufgehobener väterlicher Gewalt Einreden f), auch kann der Vater sich gültig für eine Verbindlichkeit des Haussohns Bür-

y) L. 4. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.) §. 3. I. de patr. potest. (1. 9.) §. 10. I. de adopt. (1. 11.) L. 4. C. de patr. pot. (8. 47.). Noodt in Iul. Paul. cap. 7. Püttmann prob. c. 10.

z) A. M. ist Rothhahn de potestate materna. Goett. 1772. Allein s. Höpfner Comm. §. 103.

a) L. 9. de his qui sui vel alien. iur. (1. 6.). Bynkershoek Obs. L. 1. C. 18.

b) L. 8. pr. de procurat. (3. 3.). Mehrere Ausnahmen werden gelegentlich vorkommen.

c) L. ult. C. de impub. et alior. subst. (6. 26.). Alteserra de fict. iur. L. 1. c. 10. 15. Ruppenthal de unitat. personae inter patr. et filium. Goett. 1795. Abweichend sind A. F. Rivinus de figmento fictionis unitatis personae inter patr. et filium. Viteb. 1760. I. L. T. F. Brunsig D. de unitat. pers. quae iur. Rom. int. patremfam. et lib. interced. Goett. 1795.

d) Beyspiele geben die dos L. 3. §. 5. de minor. (4. 4.) L. 16. de religios. (11. 7.) und die peculia militaria.

e) L. 11. C. de donat. (8. 54.) L. 2. de contr. emt. (18. 1.) L. 7. de O. et A. (44. 7.).

f) L. 38. de cond. indebit. (12. 6.). C. van Eck D. de sept. LL. damnat. Pand. cap. 3. (Meermann Thes. Suppl. p. 577. fgg.). Cocceii I. C. L. 12. T. 6. qu. 6. Weber über die nat. Verb. §. 87. Abweichend ist Schöman Handb. 2. B. S. 188—201. Ueber die Exegese der L. 38. cit. s. Glück Comm. 13. B. S. 89. 90. und insbesondere den dort citirten Toullieu.

gen bestellen lassen, nicht aber umgekehrt g). Stirbt aber der Vater nach einer Schenkung, so convalescirt dieselbe, sofern sie gesetzmäſsig war, rückwärts durch dessen Tod h). In Deutschland, wo kein gemeines Recht von den Grundsätzen der Römer über die Einheit der Person abweicht i), hat man sehr häufig eine Entlassung aus der väterlichen Gewalt für einzelne Fälle *(emancipatio particularis)* eingeführt, um jene strengen Grundsätze zu mildern k). Eine fernere Folge ist, B) daſs der Haussohn die väterliche Erbschaft als *suus heres* durch keine Handlung zu erwerben braucht l); ferner, C) daſs der Sohn nicht wider den Vater klagen kann, sofern ihm nicht die Gesetze wegen auſserordentlicher Umstände eine Klage gestatten m); endlich, D) daſs keiner bey dem Testament des andern, oder bey dem Testament, worin der andre zum Erben eingesetzt werden soll, Zeuge seyn kann n).

§. 354.

B) Erziehungsrechte.

Der Vater hat 2) die Befugniſs, für die Erziehung der Kinder zu sorgen, und sie in seiner Religion unterrichten zu lassen; doch dauert dieſs Recht im Fall einer Religions-Ungleichheit der Aeltern nur bis zu den Unterscheidungsjahren der Kinder o); auch bleibt der Vater, welcher den Sohn widernatürlich erzieht, der Polizeygewalt unterworfen p). Selbst über den Tod des Vaters hinaus äuſsert sich dieser Schutz durch Vormundsernennungen und Pupillar-Substitutionen q); auch kann man es als eine Folge hievon ansehen, daſs Kinder nicht ohne Einstimmung des Vaters heira-

g) L. 56. §. 1. de fideiuss. (46. 1.).

h) L. 25. C. de donat. int. vir. et ux. (5. 16.).

i) Medit. über versch. Rechtsm. 3. B. n. 132. Höpfner Comm. §. 104.

k) Struben 2. B. 68. Bed. Müller ad Leyser Obs. 106.

l) L. 7. §. 1. de acquir. vel omit. her. (29. 2.) §. 3. I. de her. quae ab int. (3. 1.).

m) L. 92. de cond. et dem. (35. 1.) L. 5. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.) cap. 11. X. de sponsal. (4. 1.).

n) §. 9. 10. I. de testament. (2. 10.).

o) F. A. Dürr de potest. patr. circ. relig. liberor. Mog. 1755. Struben 1. B. 144. Bed.

p) vergl. hier Leyser Sp. 17. m. 4. 5. mit C. G. Ehrenberg de aequali parentum auxilio. Lips. 1723. cap. 2. §. 3. Frommann D. de SCto Macedon. §. 51. Berger Oec. iur. L. 1. T. 3. c. 15. n. 8. Müller ad Leyser Obs. 90. Lauterbach coll. L. 14. T. 6. §. 25. Archiv für civilist. Prax. 1. B. 2. Hft. S. 175—177.

q) §. 3. I. de tutel. (1. 13.) Tit. I. de pup. subst. (2. 16.).

then dürfen r). Das Recht über Leben und Tod ist dem Vater ganz genommen. Nur wegen häuslicher Vergehen kann er die Kinder, mit Ausschluſs des Richters, gelinden Disciplinar-Strafen unterwerfen, oder diese nach seinem Willen vom Magistrat vollstrecken lassen s), wobey denn auch verdiente Zuchthausstrafen nicht ausgeschlossen sind t). Bey öffentlichen Verbrechen ist natürlich die Gewalt des Richters ungebunden.

§. 355.

C) Selbstnützige Rechte.

Dem Vater stehen 3) vermöge seiner Gewalt mehrere selbstnützige Rechte gegen den Sohn zu. Das Recht, die Kinder zu verkaufen, fällt jetzt weg, einen einzigen Fall ausgenommen, wo jedoch die Kinder dennoch frey bleiben u). Verpfändungen der Kinder finden daher auch nicht Statt x). Nur in Betreff des Vermögens der Kinder, welches ursprünglich dem Vater unbedingt zufiel y), hat derselbe noch manche wichtige Vorrechte. Dieſs führt denn auf die Lehre von den Sondergütern (*Peculia*) der Kinder z).

§. 356.

Von dem peculio des Sohnes.

Es gibt zwey Hauptarten der Peculien, nämlich das *peculium militare*, und *paganum*. Das erste theilt man wieder in *castrense* und *quasi castrense*; das zweyte in *profectitium* und *adventitium*. Das *Adventitium* zerfällt wieder in *regulare* und *irregulare*. Bey jeder Art kommt es erst auf den Begriff, und dann auf die rechtlichen Folgen an.

r) pr. I. de nupt. (1. 10.).

s) L. 3. L. ult. C. de patr. potest. (8. 47.) arg. L. 11. §. 1. de poenis (48. 19.).

t) E. I. F. Mantzel de iurisd. domestica. Rost. 1724. §. 34. Leyser spec. 17. m. 3. A. M. ist Weber in d. Not. zu Höpfner §. 102. not. 3.

u) L. 1. L. 2. C. de patr. qui fil. suos distr. (4. 43.). Huber Digr. L. 2. c. 5. Datt de vendit. liberor. (Meermann Thes. T. 2.).

x) L. 5. quae res pign. vel hyp. (20. 3.).

y) §. 1. I. per quas pers. cuique acqu. (2. 9.).

z) Schriften. Ueber die Geschichte der Peculien: Galvan de usufr. c. 7. H. F. Schorch de orig. et divers. pecul. Erf. 1740. C. Rau hist. iur. civ. de pecul. Lips. 1770. Dogmatische: W. A. Lauterbach D. ad Tit. D. de pecul. Carrach Differ. iur. Rom. et germ. in pecul. imprim. filior. fam. Hal. 1745. S. Stryk de obligatione filiifamilias. Regimont. 1708.

§. 357.

a) Castrense. Was *peculium castrense* sey, läfst sich nicht definiren. Es gehören dahin a) alle, von Verwandten und Freunden dem, den Kriegsdienst anfangenden Haussohn geschenkten beweglichen Sachen [a]; b) alle durch den Kriegsdienst erworbenen beweglichen und unbeweglichen Sachen, wohin auch Geschenke und Erbschaften von Cameraden derselben Garnison, sofern das Erbrecht sich nicht auf ein, vor der Cameradschaft errichtetes Testament gründet, gehören [b]; c) Alles, was ein Soldat von seiner Frau als Erbe, nicht aber was er von ihr als Legatar erhält [c]. Was ihm sonst geschenkt ist, wird nicht *peculium castrense*, selbst wenn er es unter dieser Bedingung erhalten haben sollte [d]. Endlich d) Alles, was mit castrensischen Sachen angeschafft ist [e]. Gehören Kriegslehen unter die bisher genannten Fälle, so sind sie *peculium castrense*; sonst aber im Zweifel *profectitium* oder *adventitium* [f].

§. 358.

Fortsetzung. Der Sohn ist voller Eigenthümer des *peculii castrensis* [g], und stellt in Rücksicht desselben, sowohl unter Lebenden, als auf den Todesfall, eine selbstständige Person vor, selbst im Verhältnifs zu dem Vater [h]. Das ehemalige Recht des Vaters, nach dem Tode des Sohnes diefs *peculium* zu occupiren [i], fällt jetzt weg [k]. Nur insofern hat der Vater Rechte daran, dafs es ihm bey einer Confiscation des Vermögens des Sohnes verbleibt [l], dafs er einen Pflichttheil davon verlangen

a) L. 1. C. de castrens. pec. (12. 37.). Retes de castrens. peculio. (Meermann Th. T. 6.).

b) L. 1. cit. L. 11. L. 16. §. 1. L. 19. pr. D. eod. (49. 17.).

c) L. 8. L. 13. D. eod. Retes l. c. n. 10.

d) L. 8. D. eod. L. 1. 4. C. l. c. Pauli Sent. rec. L. 2. T. 4. §. 3. Abweichend ist Stryk l. c. cap. 2. §. 6.

e) L. 1. C. h. t. (12. 37.).

f) A. M. ist Stryk l. c. §. 8.

g) L. 15. §. 1. 2. L. 18. §. 1. L. 19. §. 3. de castr. pec. (49. 17.) L. 17. de manumiss. (40. 1.) L. 98. §. 3. de solut. (46. 3.). A. M. s. Cuiac recit. ad Leg. 44. de legat. 1. Retes l. c. cap. 6. Vergl. noch überh. Maiansii Disp. L. 1. c. 15. Lynker D. de iurib. pec. militar.

h) pr. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.) L. 4. de iudic. (5. 1.) L. 15. §. 1. h. t. (49. 17.).

i) L. 2. L. 14. pr. de castr. pec. (49. 17.).

k) Nov. 118. Retes cap. 9. §. 8. Faber err. pragm. Dec. 43. Er. 5.

l) L. 3. C. de bon. proscript. (9. 49.). Darin ändert auch Nov.

kann, wenn der Sohn nicht in der Lage ist, ein privilegirtes militairisches Testament errichten zu können m), und daß er da, wo der minderjährige Sohn eines Curators bedarf, diesen insofern vertrit n). Die Rechte des Sohnes hören auch nicht mit dessen Dienstentlassung o), oder durch Uebergang in die Gewalt eines Andern auf p); doch kann ein, mit Verlust der Ehre cassirter Soldat nicht über sein militairisches Peculium testiren q).

§. 359.

b) Quasi castrense.

Gewisse Sachen, welche nicht unter die Rubrik der *castrensium* gehören, sind später denselben gleichgesetzt, als ob sie wirklich *castrenses* wären. Diese nennt man *peculium quasi castrense*. Dahin gehören a) alle durch Ausübung eines öffentlichen Amtes erworbenen Sachen r), mithin, da Privilegien nicht analogisch auszudehnen sind, weder das, was man als Privat-Diener des Regenten s), noch das, was man durch Ausübung einer Wissenschaft erwirbt t), noch auch das, was man zum Behuf eines öffentlichen Amtes u), oder zum Behuf der Wissenschaften von Jemandem erhalten hat x). b) Alles, was ein Geistlicher auf irgend eine Art eigenthümlich (also nicht als *profectitium* vom Vater) erwirbt y). c) Alle vom Regenten

118. nichts, indem sie nur die Verhältnisse der Verwandten unter sich bestimmt. A. M. ist Marezoll über die bürgerliche Ehre S. 55. 56.

m) Nov. 115. cap. 4. pr. Manche haben abweichende Ideen. Vergl. Retes cap. 3. n. 20. Stein von pflichtw. Test. §. 46.

n) L. 7. pr. C. de curator. furios. (5. 70.) L. ult. §. 1. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Carpzov L. 5. Resp. 84. n. 7.

o) pr. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 12.).

p) L. 4. §. ult. de castr. pecul. (49. 17.).

q) L. 26. §. 1. de testam. milit. (29. 1.).

r) L. 7. C. de assessor. (1. 51.) L. un. C. de castr. omn. pal. pec. (12. 31.) L. ult. pr. C. de inoff. test. (3. 28.) L. ult. C. de castr. pecul. (12. 37.).

s) Lauterbach coll. L. 15. T. 1. §. 14.

t) A. M. ist I. G. Bauer de pecul. quasi castr. stud. §. 11. sqq. (op. T. 1. n. 3.).

u) A. M. ist Boehmer ius D. L. 15. T. 1. §. 6. 7. Allein s. Cocceii eod. Tit. qu. 1.

x) A. M. sind Viele wegen L. 50. fam. herc. (10. 2.). Allein s. I. F. Richter de sumt. stud. ad pec. quasi castr. non pertin. Lips. 1752.

y) Nov. 123. c. 19. G. A. C. Kleinschrod de iure filiifamil. disponendi de peculiis. Wircb. 1784. §. 16—19. Keine Ausnahme wollen hier zulassen: Enenckel de privil. parentum. cap. 10. n. 7. 33. Lauterbach coll. L. 15. T. 1. §. 15.

oder der Regentin einem Kinde geschenkten Sachen [z]), auf allen Fall, wenn das Kind ein Staatsbeamter ist [a]).

§. 360.

c) Profectitium. Alle übrigen Sachen heifsen, wenn sie durch eine freywillige, nicht von den Gesetzen gebilligte oder befohlene, Handlung, aus dem Vermögen des Vaters auf die Kinder übergingen, (wohin der Fall, wenn sie den Kindern nicht für den Vater, sondern blofs aus Liebe zu demselben gegeben wurden, offenbar nicht gerechnet werden kann) *peculium profectitium* [b]); wurden sie auf irgend eine andre Art nicht durch ihre häuslichen Dienste [c]), es sey nun aus dem Vermögen eines Dritten, oder nach gesetzlichen Vorschriften aus dem Vermögen des Vaters [d]) von ihnen erworben, *peculium adventitium* [e]). Für das letzte streitet die Vermuthung [f]).

§. 361.

Fortsetzung. Am *peculio profectitio* behält der Vater das Eigenthum, und alle Nutzungsrechte, und der Sohn hat daran blofs eine precaire Administration [g]). Nur den Vortheil hat der Sohn, dafs es ihm verbleibt, wenn die Güter des Vaters wegen dessen Schulden an den Fiscus fallen [h]), oder ihm bey der Emancipation, oder Auflösung der Gewalt durch eine Würde dasselbe nicht genom-

z) L. 7. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Manche sind a. M. Galvanus de usufr. cap. 5. nr. 7. Höpfner Comm. §. 428. Hofacker princ. T. 1. §. 513.

a) L. ult. pr. C. de inoffic. test. (3. 28.) L. un. C. de castr. omn. palat. pecul. (12. 31.).

b) §. 1. J. per quas person. cuiqu. acq. (2. 9.) L. 6. C. de bon. quae lib. (6. 61.). A. M. sind Höpfner §. 429. Hofacker §. 570.

c) Denn was dadurch gewonnen wird, gehört dem Vater. §. 347.

d) L. 3. §. 5. de minor. (4. 4.) L. 35. fam. herc. (10. 2.) L. 16. de religios. (11. 7.) L. ult. de dot. coll. (37. 7.).

e) L. 1. 2. C. de bon. mat. (6. 60.) L. 4. 6. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Das Wort peculium kommt in den Gesetzen nicht vor bey den adventitiis. Hugo Civ. Mag. 5. B. 4. Hft. nr. 19.

f) Hofacker §. 571. Ueber die Ideen Andrer Lauterbach coll. L. 15. T. 1. §. 21. Mühlenbruch doctr. P. T. 2. §. 304.

g) §. 1. I. per quas personas (2. 9.) L. 7. pr. de donat. (39. 5.) L. ult. pr. de novat. (46. 2.).

h) L. 3. §. 4. in fin. de minor. (4. 4.). Anders ist im Fall der Confiscation. L. 1. §. 4. de pecull. (15. 2.) L. 8. C. de bon. proscriptor. (9. 49.). Marezoll über bürgerl. Ehre. S. 52—55.

men ist, und daſs er mit Zustimmung des Vaters darüber testiren kann i).

§. 362.

d) Adventitium ordinarium.

An dem *peculio adventitio* haben die Kinder die Proprietät, dem Vater stehen daran die Nutzungs- und Verwaltungsrechte zu k). Jene können daher nur mit Einwilligung des letzten solche Sachen veräuſsern; doch dürfen sie auf keinen Fall darüber testiren, weil kein neueres Gesetz ihnen dieſs gestattet l). Als Nutznieſser fallen dem Vater natürlich alle Früchte zu, aber nicht der Schatz m). Dafür trägt er aber auch alle Lasten n); doch braucht er keine Sicherheit zu bestellen, und kein Inventar zu errichten o), wiewohl man ihm die Aufnahme einer Privat-Designation häufig zur Pflicht macht p). Als Verwalter führt er alle die Adventitien betreffenden Processe, und darf sie in gewissen Fällen veräuſsern, jedoch beides, falls nicht von seinem ausschlieſslichen Rechte die Rede ist, mit Zustimmung des mündigen Sohnes q). Die, durch Eingehung einer zweyten Ehe zu Adventitien gewordenen Sachen (§. 393.) darf der Vater auf keinen Fall veräuſsern r), die übrigen dagegen, und auch die mütterlichen Güter der Kinder s), in einigen, jedoch nur allein in den drey Fällen, wenn Erbschaftsschulden oder Legate davon zu zahlen, oder wenn sie dem Ganzen lästig sind, also nicht des Nutzens

i) L. 31. §. 2. de donat. (39. 5.) §. 20. I. de legat. (2. 20.). Nov. 81. c. 1. Archiv für civil. Prax. 8. B. 2. Hft. S. 281—284. Ueber das Testiren s. L. 25. de mort. c. don. (39. 6.).

k) L. 6. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

l) L. 8. §. 5. C. eod. L. 25. §. 1. de mort. causs. don. (39. 6.) pr. I. quib. non est perm. fac. test. (2. 10.).

m) arg. L. 7. §. 12. solut. matr. (24. 3.).

n) L. 1. C. de bon. matern. (6. 60.).

o) Wernher P. 7. Obs. 18. Leyser Sp. 164. m. 3.

p) Wesenbeccius P. 2. cons. 86. 91. Brunnemann ad L. 6. §. 2. de bon. quae lib.

q) L. 14. qui satisd. cog. (2. 8.) L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Vergl. mit L. 30. C. de episcop. aud. (1. 4.). A. L. Hombergk zu Vach de diverso iure patris in pecul. advent. pro divers. liber. aet. Marb. 1753. §. 11—13.

r) Nov. 22. c. 24.

s) A. M. ist Hommel Rhaps. Obs. 309. wegen L. 1. 2. C. de bon. mat. (6. 60.) L. 4. C. de bon. quae lib. (6. 61.), welche aber durch L. 8. C. eod. kraft des ganzen Inhalts derselben, zu restringiren sind. I. M. Ranniger C. an et quat. pater pecul. adv. liberor. alienar. poss. Goett. 1797. §. 18.

wegen t). Er bedarf aber in diesen Fällen so wenig eines Decrets des Magistrats u), als es nöthig ist, daſs er namentlich für die Kinder veräuſsere x).

§. 363.

Fortsetzung. Das Recht des Vaters an den Adventitien erlischt a) nach der Meynung Vieler, durch den Tod des, ohne erbfähige Descendenten gestorbenen Sohnes, nach welchem ihm jetzt nichts weiter, als Erbrechte mit den Brüdern übrig bleiben y). Ferner b) durch freywillige Emancipation; doch behält er dafür als Belohnung lebenslänglich die Hälfte des Nieſsbrauchs z). Man kann dieſs aber nicht auf die Fälle einer gezwungenen Emancipation, oder da die Gewalt ohne Emancipation, z. B. durch eignen Haushalt des Sohnes aufhört, ausdehnen a). Endlich c) durch Verwüstung der Adventitien b). In der Regel beraubt ihn dieſs aber nur der Administration. Der Nieſsbrauch geht bloſs in dem einen Fall auf den Sohn über, wenn der Vater eine, dem Sohn zu restituirende Erbschaft untreu behandelt c).

§. 364.

c) Adventitium extraordinarium. Ausnahmsweise hat der Vater in einigen Fällen nicht den Nieſsbrauch des *adventitii*. Dann nennt man es *extraordinarium*. Ist dieſs, so haben die Kinder darüber alle Rechte des Eigenthümers; doch dürfen sie darüber, wenn nicht ausgemacht war, daſs der Vater daran gar keine Rechte

t) L. 8. §. 4. 5. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Ranniger l. c. §. 15. 16.

u) A. M. ist Ranniger l. c. §. 19. Allein L. 11. de reb. eor. (27. 9.) L. 3. C. de his qui ven. aetat. (2. 45.) gehören nicht für diesen Fall. Faber in C. L. 6. T. 34. Struben 2. B. 103. Bed. Wernher lect. c. L. 15. Tit. 1. §. 12.

x) A. M. ist Ranniger l. c. §. 18. Glück Comm. 14. B. §. 909.

y) Nov. 118. cap. 1. 2. hat hierin das ältere Recht der L. 7. §. 1. C. ad SCt. Tert. (6. 56.) L. 1. 3. C. de bon. matern. (6. 60.) eigentlich nicht aufgehoben. Vergl. Höpfner Comm. §. 431. not. 2. Glück v. d. Intestaterbf. §. 95. 121.

z) §. 2. I. per quas pers. cuique acq. (2. 9.) L. 6. §. 3. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

a) A.L. Hombergk zu Vach D. de bon. adv. liber. sui iur. restit. Marb. 1756. Müller ad Leyser Obs. 152.

b) Wernher P. 2. Obs. 458. Brunnemann L. 15. T. 1. ad L. 4.

c) L. 50. ad SCt. Trebell. (36. 1.). Höpfner Comm. §. 434. not. 4.

haben solle *), direct weder durch Testamente, noch Codicille disponiren **); doch pflegt man ihnen Schenkungen auf den Todesfall zu gestatten, sofern der Vater zustimmt d). Dabey kann der Vater als Vormund ihre Stelle vertreten e). Die hieher gehörigen Fälle sind: a) der am Ende des vorigen §phen erwähnte Privations-Fall. b) Wenn ein Sohn zugleich mit dem Vater als Intestat-Erbe seines Bruders etwas erwirbt f), oder c) mit Widerspruch des Vaters g). d) Wenn er es unter der Bedingung erwarb, dafs der Vater daran keine Rechte haben solle h). Von dem Pathengelde läfst sich vermöge der Natur desselben nicht behaupten, dafs es unter diese Rubrik gehöre, und es ist also im Zweifel *adventitium ordinarium* i); jedoch natürlich nur insofern, als es nicht aus dem Vermögen des Hausvaters kommt, weil dann das Eigenthum nicht auf den Sohn übergeht k). e) Wenn den Kindern zur Strafe des Vaters dessen Güter zufallen, weil er widerrechtlich die Ehe mit der Mutter aufhob l). f) Wenn der Vater, in Gemäfsheit gesetzlicher Vorschrif-

*) Dann müssen sie aber doch majorenn seyn. Nov. 117. c. 1.

**) Gaii inst. II. 224. pr. I. quib. non est perm. (2. 12.) L. ult. §. 1. C. de inoff. test. (3. 29.) L. 11. C. qui test. fac. poss. (6. 22.). Ueber das Indirecte s. L. 13. §. 1. de testam. milit. (29. 1.). Archiv für civil. Prax. 7. B. S. 266.

d) Auch diefs ist schwer zu vertheidigen. Archiv für civil. Prax. 6. B. 2. Hft. nr. 10. Hugo C. M. 5. B. 4. Hft. nr. 19. Es ist hier indefs, auch in Betreff des Testirers, Alles streitig. S. Höpfner §. 466. not. 4. S. überh. F. Heusinger de iure pec. advent. extr. Isenac. 1751. G. A. Aldringen de bon. quae lib. in pot. const. extra milit. ita acquiruntur ut pater usumfr. non hab. Aug. Trev. 1786. I. W. A. Dahmen Diss. exhibens filiumfamil. de peculio adventitio irreg. etiam mortis c. disponere valentem. Heidelb. 1742. u. 1760. D. R. I. de Dalwigk de eo quod potest filiusfam. de pecul. advent. irreg. per ult. volunt. Düsseld. 1747. Kleinschrodt de iure filiifamil. disponendi de peculiis. Wirceb. 1784. §. 13—15. Erb in Hugo civil. Mag. 4. B. S. 462—484.

e) Nov. 117. c. 1. §. 1.

f) Nov. 118. c. 2.

g) L. ult. §. 1. C. de bon. quae lib. (6. 61.).

h) Nov. 117. c. 1. §. 1.

i) Ueber die Meynungen Andrer s. Brunnemann ad L. 1. de coll. n. 23. G. Radovic de pecun. lustrica. Rostock. 1776. I. G. Krausius de eod. arg. Nor. 1728. I. F. Ioachimi C. hist. iurid. de donis baptismalib. Hal. 1736. Müller ad Leyser Obs. 553.

k) Kraus l. c. §. 11.

l) Nov. 134. c. 11. Umgekehrt drückt aus Versehen den Satz aus Hofacker §. 581. und nach ihm Malblanc princ. iur. Rom. §. 513.

ten, den Kindern Sachen gibt m). Irrig rechnet man g) den Fall hieher, wenn der Vater den Kindern die Früchte der Adventitien schenkt n), so wie h) den Fall, wenn ein Kind die ihm angefallene Erbschaft wegen des Wahnsinnes seines Vaters einseitig erworben hat, obgleich dann dem Sohn in Betreff der (überall vorzüglich begünstigten) Manumissionen einige Freyheit zusteht *).

§. 365.

5) Klagen zwischen Vater und Sohn.

Vater und Sohn können ihre gegenseitigen Ansprüche auf dem rechtlichen Wege gegen einander geltend machen. Man unterscheide hier zwey Fälle: entweder ist die Hauptfrage, nämlich ob der Vater wirklich Vater sey, und die väterliche Gewalt habe, unbestritten, oder nicht. Im letzten Fall mufs der Hauptpunct durch Präjudicial-Klagen (§. 61.) ausgemittelt werden o). Im ersten hingegen kann der Vater kraft seiner Gewalt seine Rechte selbst schützen; der Sohn hingegen mufs vermittelst einer Imploration richterliche Hülfe suchen p).

§. 366.

Actio de paternitate und filiatione.

Wird über den kindlichen Zustand gestritten, so stellt der Vater, je nachdem er ihn behauptet oder leugnet, die *actio de paternitate affirmativa*, oder *negativa*, der Sohn die *actio de filiatione negativa* oder *affirmativa* an. Auch können Fälle eintreten, dafs der Zustand gegen einen Dritten vertheidigt werden mufs. Hier gelten nun in Betreff des Beweises folgende Grundsätze: A) Wer im Besitz des behaupteten Zustandes ist, braucht keinen Beweis zu führen q), und kann, wenn ihm Alimente gebühren, diese provisorisch verlangen r). B) Findet kein Besitz Statt, so müssen Vater und Sohn

m) S. oben §. 353., und einige Zweifel dagegen im Archiv für civil. Prax. 7. B. S. 268. 269.

n) L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (6. 61.) beweist nichts dafür. Meine Versuche 2. B. n. 12.

*) L. 52. pr. de acquir. her. (29. 2.) A. M. ist Mühlenbruch doctr. P. T. 2. §. 305.

o) Ueberh. I. T. Gaudlitii D. de actionibus familiae praeiudicialibus. Lips. 1767.

p) L. 92. de cond. et dem. (35. 1.) L. 5. pr. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.) cap. 11. X. de sponsal. (4. 1.).

q) L. 41. pr. de lib. causs. (40. 12.) L. ult. C. de ord. cogn. (7. 19.).

r) Pütter Rechtsf. 3. B. n. 243. 263.

ihren Beweissatz gegen einander durch Beybringung solcher Thatumstände, woraus das Erzeugtseyn, oder dessen Gegentheil, erhellet, darthun s); nur dürfen diese durch keinen Gegenbeweis wieder entkräftet werden, z. B. die Klage des natürlichen Sohns durch den Beweis, dafs seine Mutter damals mit Mehreren zu thun gehabt habe t). In Betreff der ehelichen Kinder haben die Gesetze mehrere, einstweilen beweisende Präsumtionen angenommen. Nämlich a) wenn ein Kind 182 Tage nach eingegangener Ehe geboren wird, so streitet die Vermuthung für, ward es vorher geboren, so streitet sie wider dessen eheliche Geburt u); doch heilt die Anerkennung des Vaters im Ganzen jeden Mangel *). Die erste Vermuthung kann weder durch Versicherungen der Mutter, noch durch den Beweis, dafs sie im Ehebruch gelebt habe, entkräftet werden x); wohl aber, wenn nicht der anticipirte Beyschlaf klar ist, durch die völlige Ausbildung y), so wie die letzte Vermuthung durch die Nichtlebensfähigkeit des Kindes z). b) Wird das Kind nach getrennter Ehe innerhalb 10 Monaten geboren, so streitet die Vermuthung für dessen eheliche Geburt. Kommt es nachher, also auch im Anfange des eilften Monats zur Welt a), so ist nicht einmal ein, ohnehin physisch unmög-

s) Auch durch Vermuthungen läfst sich ein solcher Beweis führen. Vergl. überh. L. 5. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.) L. 5. de in ius voc. (2. 4.) Cap. 10. X. de probat. (2. 19.). P. Müller D. probationem filiationis exhibens. Ien. 1689. F. I. Stock de probat. filiation. Ien. 1702. Menoch L. 6. Praes. 53. 54. Mascard de probat. Conc. 787. Leyser Sp. 98. m. 1. 5. Sp. 326. m. 7. Struben 3. B. 131. Bed.

t) L. 5. §. 4. 8. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.). Carpzov iurp. eccl. L. 2. Def. 81. Leyser Sp. 322. m. 9. Auch oben §. 348.

u) L. 12. de stat. hom. (1. 5.) L. 3. §. ult. de suis et legit. (38. 16.). S. oben §. 210. not. 5.

*) L. 3. 4. 6. de his qui sui (1. 6.) L. 11. C. de nat. lib. (5. 27.) Nov. 89. c. 8. §. 1. Gönner Archiv 3. B. n. 17. 4. B. n. 6. Weber zweyter Anhang zu Höpfners Commentar. 8. Aufl.

x) L. 11. §. 9. ad Leg. Iul. de adult. (48. 5.) L. 29. §. 1. de probat. (22. 3.). P. Müller Diss. cit. cap. 2. §. 4. Struben 1. B. 142. Bed.

y) L. 11. C. de nat. lib. (5. 27.). Cocceji I. C. L. 1. T. 6. qu. 3. A. M. ist Weber v. der Beweisführung im Civil - Procefs. V. n. 11.

z) Ammann medic. critic. Resp. 4.

a) A. M. sind Manche wegen Nov. 39. c. 2. Allein s. Huber prael. L. 1. T. 5. §. 4. Püttmann var. opusc. syll. n. XII. Püttmanni, Platneri et Mylii opusc. de partu undecimestri. Lips. 1799.

licher b), Gegenbeweis zulässig c). Gab sich aber die Mutter in den ersten 10 Monaten mit einem andern Mann ab, so streitet dennoch die Vermuthung dafür, dafs das Kind von dem abgeschiedenen Mann erzeugt sey d). c) Ein Kind, welches im Testament eines Mannes Sohn genannt ist, hat einstweilen gegen jeden Dritten die Vermuthung für sich, dafs es ein eheliches Kind des Testators sey e). Von der Mutter können übrigens natürlich gegen das Kind, und umgekehrt, völlig ähnliche *actiones de maternitate affirmativa, negativa* u. s. w. angestellt werden.

§. 367.

Actio de patria potestate.

Ist blofs Streit über die väterliche Gewalt, so können die *actio de patria potestate affirmativa* oder *negativa* angestellt werden. Die Aufhebung der väterlichen Gewalt ist hier das Factische, und also das zu Erweisende. Hat der Vater den Sohn lange als Familienvater leben lassen, so wird die Aufhebung der Gewalt vermuthet f); auch wird es dem Vater nie gestattet, die von ihm eingeräumte Entlassung als fehlerhaft anzufechten, sofern er sich selbst dabey inculpirt g).

§. 368.

II) Verhältnisse zu Dritten.

In Ansehung des Verhältnisses des Vaters und Sohnes zu dritten Personen ist, I) wenn überhaupt über das väterliche Verhältnifs gestritten wird, der Vater befugt, sowohl durch dingliche, als persönliche Klagen (*vindicatio, interdictum de liberis exhibendis*) sein Recht zu schützen h), und den Sohn als Kläger

b) Haller ger. Arzw. 1. Thl. S. 117—134. Vogel et Harres D. de partu serotino valde dubio. Goett. 1767.

c) L. 29. pr. de lib. et posth. (28. 2.) L. 4. C. eod. (6. 29.) L. 3. §. 11. de suis et legit. (38. 16.). Viele lassen einen Gegenbeweis zu. Glück Erl. d. P. 23. B. S. 137—145. A. M. sind Voet L. 1. T. 8. Leyser Sp. 15. m. 1. S. dawider Müller Obs. 79.

d) arg. L. 11. §. 9. ad Leg. Iul. de adulter. (48. 5.). Mancherley abweichende Ideen s. bey Voet L. 1. T. 6. §. 4. Coccei I. C. eod. qu. 5. J. Kopp de partu dubio quem scilicet vidua intra dies lugubres enixa est. Helmst. 1744. Du Roi qui filii sint legitimi. Heidelb. 1812. p. 22.

e) Nov. 117. c. 2.

f) L. 1. C. de patr. potest. (8. 47.). Meine Schr. über Bes. und Verj. 2. Thl. §. 61. Madihn Misc. 1. Sch. S. 27—30.

g) L. 25. pr. de adopt. (1. 7.).

h) L. 1. §. 2. de R. V. (6. 1.) L. 1. pr. §. 1. de lib. exh. (43. 30.).

zu vertreten [i]). II) Ist von einzelnen Rechten und Verbindlichkeiten die Rede, so unterscheide man die hier denkbaren Fälle in folgenden Hauptsätzen: 1) der Vater kann sich selbst natürlich, wie jeder Bürger, Rechte erwerben, und Verbindlichkeiten auflegen, weil ihn die väterliche Gewalt nicht bindet. 2) Den Sohn verpflichtet der Vater nicht [k]), einen einzigen Fall abgerechnet [l]); doch versteht es sich, daſs der Sohn da, wo man überhaupt Dritte verpflichtet, z. B. wenn er Erbe des Vaters wird, die Handlungen desselben anerkennen muſs [m]). Eben so kann, ohne einen besondern, auch in Rücksicht Dritter wirksamen Rechtsgrund, der Vater nach der Strenge dem Sohn einseitig kein Recht erwerben [n]), wiewohl das Geschäft für den Vater wirksam ist, sofern er Vortheil davon hat [o]). Nach der Billigkeit ist jedoch dem Sohn aus den, zu seinem Vortheil geschlossenen Verträgen des Vaters die *exceptio doli* [p]), und eine *actio utilis* gestattet [q]). 3) Der Sohn verpflichtet sich selbst für seine Person, wenn er als Mündiger [r]), und nicht als Stellvertreter des Vaters handelte [s]). Während der Gewalt kann er aber nur auf die, seiner Disposition unterworfenen Peculien [t]), und nachher in gewisser Maſse nur unter Vorbehalt der Competenz belangt werden [u]). Eben so erwirbt er sich selbst Rechte durch seine Handlungen, jedoch nur unter den, in der Lehre von den Peculien angegebenen Beschränkungen. 4) Dem Vater kann

i) L. 9. de O. et A. (44. 7.).

k) L. 5. §. 16. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.) L. 4. C. ne filius pro patre (4. 13.). Ueberh. G. Wiese comm. de fundamento et limit. obligat. liberor. ad facta parentum praestanda. Rost. 1790. C. C. H. de Kamptz de eod. arg. Goett. 1790.

l) L. 4. C. de primipilo (12. 63.). Ueber den heutigen Gebrauch: Wiese l. c. §. 9.

m) Kamptz l. c. Pars 2. Wiese l. c. §. 11. fgg.

n) L. 17. §. 4. de pact. (2. 14.).

o) L. 39. L. 56. §. 3. L. 130. de V. O. (45. 1.). Ueberh. Goddaeus de contr. stip. cap. 10. concl. 4. Carpzov P. 2. C. 33. Def. 25. Mascard de probat. Vol. 3. Concl. 1158. Brunsig de unitate pers. §. 39.

p) L. 21. §. 2. de pact. (2. 14.).

q) L. 45. §. 2. de V. O. (45. 1.).

r) L. 2. pr. quod cum eo (14. 5.) L. 39. de O. et A. (44. 7.) vergl. mit §. 10. I. de inutil. stip. (3. 20.). Ferner L. 9. C. quod cum eo (4. 26.) L. 10. §. 2. de fideiussor. (46. 1.). Vergl. jedoch Lauterbach coll. L. 26. T. 8. §. 5.

s) L. 4. C. h. t. (4. 26.).

t) L. 33. pr. de procur. (3. 3.) L. 3. §. 4. de minor. (4. 4.) L. 44. de pecul. (15. 1.). Cocceii L. 15. T. 1. qu. 1. Kleinschrodt de iure filiifam. dispon. de pecul. c. 1. §. 9.

u) S. oben §. 107.

der Sohn einseitig, ohne Auftrag, Rechte erwerben x), nicht aber denselben verpflichten, wenn nicht der Fall zu den, in den folgenden §phen angegebenen Ausnahmen gehört, da die hier genannten *actiones adiectitiae qualitatis* (§. 70. a. E.) gegen den Vater angestellt werden können y). Jedoch ist in diesen Fällen dem Vater sein ehemaliges Recht, den Sohn statt Schadensersatzes, wegen unerlaubter Handlungen, abzutreten *(ius noxae dandi)*, gänzlich genommen z).

§. 369.

Insbesondere. a) actio de peculio.

Wenn der Vater oder Herr dem Sohn oder Sklaven ein *peculium profectitium* gegeben hat, so kann der jetzige, oder gewesene Inhaber der *potestas* a) durch die *actio de peculio* belangt werden; jedoch, falls er nicht bereichert ist, und sich nicht *in dolo* befindet, nur so weit, als das *peculium* reicht b). Die Verpflichtung mufs aber aus einem Vertrage, wovon in der Regel Schenkungen, und die, Namens des *peculii castrensis* vom Sohn contrahirten Schulden wieder ausgenommen sind, oder einem Quasicontract entstanden, oder in eine vertragsmäfsige verwandelt seyn c). Auf die andern Arten der Peculien kann diese Klage nicht gerichtet werden, obgleich der Sohn wegen der, nicht im Niefsbrauch des Vaters befindlichen Güter selbst haftet d). Seine eignen, selbst schlechten Foderungen kann der Beklagte unbedingt vorabziehen, so wie die seiner Untergebenen, und Gesellschafter e). Behält er das *peculium* nach aufgehobener väterlicher Gewalt, so findet die Klage, wenn sie nicht ohnehin kürzer

x) §. 5. I. per quas pers. (2. 9.) L. 45. pr. §. 4. de V. O. (45. 1.).

y) Alle folgenden Klagen müssen erst durch Nennung der Hauptklage eine Bedeutung erhalten, z. B. actio emti quod iussu. Franzke comm. L. 14. T. 1. n. 8. Wissenbach eod. Tit. Th. 1.

z) §. 7. I. de noxal. act. (4. 8.).

a) L. 2. L. 19. §. 1. L. 27. §. 2. 8. de pecul. (15. 1.) L. 10. de A. R. D. (41. 1.). Ueber den besondern Fall der L. 32. pr. §. 1. de pecul. (15. 1.) s. vorzüglich: F. C. Keller ad L. Si ex duobus 32. pr. §. 1. de peculio. Goett. 1822.

b) L. 1. §. 2. L. 3. §. 12. L. 19. §. ult. L. 21. pr. L. 27. §. 2. L. 32. §. ult. L. 36. eod.

c) L. 3. §. 11. eod. L. 28. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 7. pr. de donat. (39. 5.) L. 18. §. 5. de castr. pec. (49. 17.) L. 14. de neg. gest. (3. 5.) L. 7. de tutel. (26. 1.) L. 21. de admin. tut. (26. 7.) L. 49. de O. et A. (45. 1.).

d) Stryk L. 15. T. 1. §. 6.

e) §. 4. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.) L. 9. §. 2. 4. L. 11. §. 2. h. t. (15. 1.).

würde gedauert haben, nur noch ein Jahr wider ihn Statt f). Sonst konnte sie wegen des, ihm *iure occupationis* zufallenden *peculii castrensis* gleichfalls im ersten Jahr unbedingt gegen ihn gerichtet werden g); allein jetzt kann man ihn deſshalb nur als Erben in Anspruch nehmen h). Utiliter wendet man jetzt die Klage auch auf den Fall an, da Mönche von ihren Obern Peculien erhalten i).

§. 370.

b) actio tributoria.

Hat der Vater dem Sohn erlaubt, mit Waaren, welche im *peculio profectitio* sind k), Handel zu treiben, so ist er aus den Verträgen des Sohnes, und was diesen gleich ist, verpflichtet, ohne seinen Foderungen einen Vorzug zu geben, diese Waaren nach Maſsgabe der Güte der verschiedenen Ansprüche zu vertheilen l). Ist dabey ein Versehen begangen, so muſs der Verletzte seine Entschädigung an dem suchen, welcher zu viel empfing; gründete sich aber die Begünstigung auf eine Arglist des Vaters, so kann er durch die *actio tributoria* wegen des Schadens in Anspruch genommen werden m); auch kann man diese Klage wegen arglistig verweigerter Theilung anstellen n). Gegen die Erben ging sie bey den Römern, als auf einem Verbrechen beruhend, nur so weit, als sie durch den Betrug bereichert waren o), welches jetzt wegfällt p). Wichtig ist auch noch der Satz, daſs diese Klage wegen derselben Puncte durch Anstellung der *actio de peculio* aufgehoben wird, und umgekehrt q).

§. 371.

c) actio exercitoria und institoria.

Noch wirksamer kann der Vater ausgeklagt werden, wenn der Sohn als Bevoll-

f) L. 1. pr. §. 2. 7. L. 2. pr. quando de pec. act. ann. (15. 2.).

g) L. 17. pr. de castr. pec. (49. 17.).

h) Voet L. 15. T. 1. §. 5.

i) Stryk l. c. §. 16. Lauterbach coll. eod. T. §. 41.

k) §. 3. I. quod cum eo (4. 7.) L. 11. §. 7. de inst. act. (14. 3.) L. 1. §. 2. h. t. (14. 4.).

l) L. 1. pr. §. 1. 2. 3. eod. §. 3. I. l. c.

m) §. 3. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.) L. 1. pr. L. 5. §. 6. 8. 17. 19. de tribut. act. (14. 4.).

n) §. 3. I. cit. A. M. ist Huber ad Inst. L. 4. T. 7. §. 6. Otto ad §. 3. I. ibid. wegen L. 7. §. 2. de trib. act. (14. 4.).

o) L. 7. §. ult. L. 8. L. 9. pr. eod.

p) Vermöge §. 68. A. M. sind Emminghaus ad Coccejі L. 14. T. 4. qu. 2. Schmidt v. d. Klagen §. 1430. 32.

q) L. 9. §. 1. h. t. (14. 4.).

mächtigter, oder kraft eines Befehls desselben Verbindlichkeiten contrahirt hat. Im ersten Fall findet besonders die *actio exercitoria* und *institoria*, welche nachher auf jeden Auftrag des Vaters, und jeden Gewaltgeber ausgedehnt sind r), in diesem die *actio quod iussu* Statt. Da die beiden ersten mit den Grundsätzen vom Mandat aufs Genaueste zusammenhängen, so sind sie unten mit diesem abzuhandeln; daher hier nur die letzte Klage besonders auszuheben ist.

§. 372.

d) actio quod iussu.

Durch die *actio quod iussu* kann der Vater auf das Ganze belangt werden, wenn er dem Sohn in Betreff der eigenen Angelegenheiten desselben befohlen hat, eine Verbindlichkeit zu contrahiren, oder Dritte veranlafste, mit dem Sohn zu jenem Zweck Geschäfte einzugehen s); doch wird diese Klage durch Anstellung der *actio tributoria* und *de peculio*, so wie diese durch jene, aufgehoben t). Man wendet diese Klage häufig jetzt auch auf Andre an, welche unter dem Befehl einer Person stehen u). Dafs sie jetzt ganz wegfalle x), ist eine in allem Betracht unerweisliche Behauptung.

§. 373.

e) actio de in rem verso.

Fallen alle diese Gründe weg, so kann der Vater dennoch durch die *actio de in rem verso* belangt werden, wenn der Gläubiger erweisen kann, dafs der Sohn das Geschäft direct zum Nutzen des Vaters geschlossen, oder das Erhaltene dazu angewandt habe. Man hat in der Folge diese, Anfangs nur gegen den Vater und Herrn gestattete Klage *utiliter* aus den Geschäften eines Dritten mit einem Andern zum Vortheil eines Dritten überhaupt zugelassen y), und, da hier

r) L. 10. §. 5. mandat. (17. 1.) L. 13. §. 25. de act. E. V. (19. 1.).

s) L. 1. §. 1. L. 5. pr. quod iussu (15. 4.) §. 1. I. quod cum eo qui in al. pot. (4. 7.) L. 2. pr. D. eod. (14. 5.). A. M. ist T. Hilgard tr. sur les donations entre vifs, ect. Coblenz. 1812. p. 75. Ueber die sonderbare Entscheidung der L. 1. §. 3. 4. quod iussu (15. 4.) s. Glück Erl. d. Pand. 14. B. S. 428.

t) L. 9. §. 1. de tribut. act. (14. 4.) L. 4. §. 5. quod cum eo (14. 5.). Weiter geht Lauterbach Coll. L. 15. T. 4. §. 10.

u) Stryk L. 15. T. 4. §. 1.

x) Wie Hellfeld iurispr. for. §. 919. meynt.

y) §. 4. I. quod cum eo qui in alien. pot. (4. 7.) L. 1. pr. de in rem vers. (15. 3.) L. 7. §. 1. C. quod cum eo (4. 26.).

die Verbindlichkeit ohne Einwilligung entspringt, auch gegen den, welcher sich selbst willkührlich nicht verpflichten kann z).

§. 374.

Deren Natur.

Folgende Sätze entwickeln genau die Natur dieser Klage: 1) Eine *versio in rem* kann stattfinden, entweder wenn das Anlehn des Sohnes in das Vermögen des Vaters kommt, oder dem Letzten dadurch pflichtmäſsige Ausgaben erspart werden. Schwerlich läſst sich aber, (den Fall, da der Vater selbst *in culpa* war, abgerechnet,) unter die letzte Rubrik mit den Mehrsten a) auch der Fall bringen, wenn der Sohn, nach Verschleuderung seines Wechsels von einem Dritten Gelder zum Studiren aufnimt, weil er dann selbst keine Ansprüche an den Vater hat. 2) Die Klage setzt nicht stets ein, Namens des Vaters geschlossenes Geschäft, und nicht immer eine wirkliche Verwendung voraus, so wenig als sie durch die wirkliche Verwendung stets begründet wird. Man bemerke: A) nahm der Sohn etwas wirklich und namentlich zum Besten des Vaters auf, so haftet der Vater nicht, wenn der Sohn es durch eigne Schuld nicht verwandte, wohl aber, wenn es ein Zufall hinderte b). Wegen nützlich aufgenommener Studir- und Legations-Kosten haftet er auch nur so weit c). B) Contrahirte der Sohn nicht namentlich für den Vater, so muſs die Verwendung stets stattfinden, und nur so weit sie stattfand, kann gegen den Vater geklagt werden d). C) Der Sohn muſs direct zum Nutzen des Vaters gehandelt haben. Nutzt er dem Vater durch das, was er für sich selber thut, so ist diese Klage (wohl die *actio de peculio*)

z) L. 3. C. quando ex facto tut. (5. 39.). Ueberhaupt I. I. Roessing de vers. in rem, et quid. eius natura, indole et effect. Goett. 1799.

a) Donellus comm. L. 12. c. 26. Faber rational. ad L. 7. §. 3. de in rem verso. Müller ad Struv L. 15. T. 3. §. ult.

b) L. 3. §. 7—9. de in rem vers. (15. 3.). Vergl. G. L. Crell de privil. pecun. ad rectum usum creditae ex animo dantis aestimando. Viteb. 1736.

c) A. M. ist Müller ad Struv L. 14. T. 6. §. ult. Frommann de SCto Maced. §. 51. wegen L. 7. §. 13. de SCt. Maced. (14. 6.) L. 5. C. eod. (4. 28.) L. 47. §. 1. de solut. (46. 3.). Allein die, in den obigen Gesetzen entschiedene Frage, was Rechtens ist, wenn das Anlehn verschleudert ward, ist hier gar nicht mit beurtheilt. Donellus L. 12. c. 27.

d) L. 7. §. 12. de SCt. Mac. (14. 6.) L. 10. §. 4. h. t. (15. 3.).

nicht zulässig e). 3) Der Vater haftet nur, wenn der Sohn ihn von nützlichen Ausgaben befreyt, nicht aber, wenn er ihm blofs zum Vergnügen gereichende Kosten erspart f), ausgenommen, wenn Schicklichkeit und Anstand dergleichen erfodern, oder der Vater selbst dazu etwas herzugeben pflegte g). 4) Gibt der Vater ohne Arglist dem Sohn zur Abfindung des Gläubigers das, was dieser fodern kann, und der Sohn verschleudert es, so findet die *actio de in rem verso* nicht weiter Statt h). 5) Bey nothwendigen Vorschüssen mufs der Vater den ganzen bedungenen Preis, sonst aber nur den wahren Werth des Objectes zahlen i). Endlich ist noch 6) zu bemerken, dafs nur der Hauptgläubiger, nicht aber dessen Bürge, diese Klage hat k).

§. 375.

B) Beschränkung durch das SCt. Macedonianum.

Die Verbindlichkeiten des Vaters und Sohnes aus den Verträgen des Letzten sind aber wieder sehr durch das *SCt. Macedonianum* l) beschränkt, welches vorschreibt, dafs die Klage des Gläubigers, welcher ein Geldanlehn des Sohnes einfodre, durch eine Einrede des Vaters und Sohnes niedergeschlagen werden könne m). Diese Vorschrift ist denn auch auf alle, zur Umgehung derselben abgeschlossenen Verträge (*contractus mohatrae*) anwendbar n).

§. 376.

Natur der Beschränkung.

Das Recht des Gläubigers ist hiedurch unmittelbar zu dessen Nachtheil o) nicht ganz

e) L. 7. §. 4. 5. L. 10. §. 7. 10. eod. Wernher lect. comm. eod. §. 3.

f) L. 3. §. 4. eod.

g) L. 3. §. 3. 4. 6. L. 7. §. 3. eod. L. 7. §. 13. ad SCt. Maced. (14. 6.).

h) L. 10. §. 6. h. t. (15. 3.).

i) L. 5. pr. eod. Willkührlich limitirt hier Brunnemann ad L. 5. pr. cit.

k) L. 18. eod.

l) I. A. Frommann de SCt. Mac. Tub. 1668. C. A. van Wachendorf de SCt. Mac. Trai. ad Rhen. 1730. B. H. Reinold ad SCt. Maced. Frkf. 1715. Hal. 1740. (op. p. 413.). C. G. Hübner ad SCt. Maced. Lips. 1798. Ueber die Frage: unde nomen? s. I. I. Scherz Diss. II. de Mac. SCti denominat. orig. Argent. 1732. 1734. Glück Comm. 14. B. §. 893.

m) L. 1. pr. h. t. (14. 6.).

n) L. 3. §. 3. L. 7. pr. §. 3. eod. Stryk cautel. contr. S. 2. c. 1. §. 31. Lauterbach coll. L. 14. T. 6. §. 13. Frommann l. c. §. 25. 26. 27.

o) L. 9. §. 4. h. t. (14. 6.). Andere Ideen hat Frommann §. 39.

vernichtet, sondern kann nur durch eine Einrede entkräftet werden p), welche auch allen, für die Verbindlichkeit intercedirenden Personen, gegen den Gläubiger und dessen Nachfolger q) zusteht r), und vom Sohn, und dessen Bürgen, nach Römischem Recht bis zur Execution vorgeschützt werden kann s). Der Sohn kann natürlich während der Gewalt dieser Einrede weder zu seinem, noch des Vaters Nachtheil, selbst nicht einmal eidlich entsagen t). Zahlt er dennoch eigenmächtig von dem, seiner Disposition nicht unterworfenen Vermögen, so kann der Vater das existirende Geld vindiciren, das consumirte durch die *condictio sine caussa* abfodern u). Dem Sohn selbst ist aber die Zurückfoderung versagt, er habe aus Irrthum gezahlt, oder nicht, und eben das gilt vom Vater, wenn dieser selbst wissentlich oder irrig, oder der Sohn aus Irrthum gezahlt hat x).

§. 377.

Ausnahmen von Seiten des Sohnes.

Die *Exceptio SCti Macedoniani* kann in mehreren Fällen, wobey im Ganzen auf die Lage der Sachen im Augenblick der Zahlung zu sehen ist y), ausnahmsweise nicht vorgeschützt werden, und zwar in einigen blofs vom Sohn nicht, in andern weder vom Vater, noch Sohn. Der Letzte kann sich derselben nicht bedienen, 1) wenn er seiner freyen Administration unterworfene Peculien besitzt z); und 2) wenn er nach Entlassung aus der Gewalt, diese sey nun durch Emancipation, eine Würde, oder auf andre Art

p) L. 1. pr. L. 10. eod. Cocceii eod. qu. 7. Weber über die nat. Verb. §. 88. Dessen Beytr. zu der Lehre v. d. Klagen 1. St. n. 6.

q) L. 7. §. 1. de except. (44. 1.).

r) L. 7. pr. L. 9. §. 3. h. t. (14. 6.) L. 11. de fideiuss. (46. 1.). A. M. ist Drechsler de except. SCti Maced. fideiussor. filiifam. denegauda. Alt. 1758.

s) L. 9. §. 4. 5. L. 10. L. 11. h. t. (14. 6.). Müller ad Leyser Obs. 348. A. M. sind Viele mit Glück Comm. 14. B. §. 903. Wening C. R. 2. B. §. 171. in Ansehung des Vaters.

t) Frommann l. c. §. 40. 41. Struben 1. B. 156. Bed. Pufendorf T. II. Obs. 171.

u) L. 3. §. 2. L. 9. §. 1. eod.

x) L. 7. §. 15. L. 9. §. 4. 5. L. 10. eod. L. 14. de R. C. (12. 1.) L. 40. pr. de cond. indeb. (12. 6.). Vergl. Cocceii L. 14. T. 6. qu. 13. Pistor quaest. iur. L. 3. qu. 20. n. 3. Frommann §. 31.

y) L. 3. §. ult. L. 4. h. t. (14. 6.). Lauterbach l. c. §. 12. Frommann §. 38.

z) L. 1. §. ult. L. 2. h. t. (14. 6.). Voet eod. §. 4. Cocceii qu. 6. Ohne Grund zweifelt wegen des adventitii irregularis Lauterbach l. c. §. 10.

geschehen a), als Hausvater das Anlehn genehmigt b). Als stillschweigende Genehmigung der ganzen Schuld, sofern er sich nämlich nicht durch Protestation dagegen verwahrt c), soll nach klarer Vorschrift der Gesetze die Zahlung eines Theils der Schuld, welcher denn auch die Bestellung eines Bürgen gleichzusetzen ist d), angesehen werden; die Bestellung eines Pfandes aber nur die Schuld bis auf den Werth des Pfandes vollgültig machen e).

§. 378.

Von Seiten des Vaters und Sohnes.

Von beiden Seiten fällt die Einrede weg, 1) wenn der Vater das Geschäft ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, wodurch es rückwärts in allem Betracht vollgültig wird f). Ferner 2) wenn der Sohn zur Zeit des Contracts Soldat war, er mag geliehen haben, wozu er will g). 3) Wenn der Gläubiger gute Gründe hatte, ihn für einen Hausvater zu halten, also auch, wenn er sich lügenhaft für einen Hausvater ausgab h); doch schadet, wenn mehrere *correi credendi* da sind, die Wissenschaft des einen den andern i). 4) Wenn das Anlehn so verwendet ward, dafs es als *versio in rem patris* angesehen werden kann, welches aber noch nicht der Fall ist, so lange sich das Geld blofs in der Hand des Sohnes befindet k). 5) Wenn der

a) L. 1. §. 3. h. t. (14. 6.) steht nach Nov. 81. dem nicht entgegen. Voet §. 2. Frommann §. 13. 34.

b) L. 2. C. h. t. (4. 28.). Donellus comm. L. 12. c. 28. in med.

c) Heisler jur. Abh. 2. S. n. 6. §. 4.

d) Frommann §. 39.

e) L. 7. §. 15. 16. L. 9. pr. h. t. (14. 6.). Heisler a. a. O. Abweichend ist Schöman Handb. 2. B. S. 205—215. 366—368. P. F. Joppert de mutuo a filiofam. sui jur. fact. tacite agnito. Giess. 1771. §. 14. 15. Elsässer und Gmelin Beobacht. 1. B. n. 1. Glück Comm. 14. Bd. §. 901. W. Franke civilist. Abh. Gött. 1826. S. 125—128.

f) L. 12. 16. h. t. (14. 6.) L. ult. pr. C. eod. (4. 28.). Donellus comment. L. 12. c. 27. Auf den Vater beschränken diese Ausnahme Lauterbach l. c. §. 23. Frommann §. 43.

g) L. ult. §. 1. C. cit. Blofs auf den Sohn schränkt diefs ein Lauterbach l. c. §. 21. In Betreff des Beweises weichen ab Frommann §. 36. Struben 2. B. 125. Bed. Allein s. Meine Theorie der logischen Ausl. §. 18.

h) L. 3. pr. §. 1. L. 19. h. t. (14. 6.) L. 1. C. eod. (4. 28.). Mühlenbruch doctr. P. T. 2. §. 310.

i) L. 1. 2. C. l. c. L. 3. pr. §. 1. L. 7. §. 7. D. eod. Frommann §. 21.

k) L. 7. §. 12. eod. vergl. mit L. 9. §. 2. eod. L. 3. §. 1. L. 5. §. 3. de in rem vers. (15. 3.).

Anleiher unter Vormündern oder Curatoren steht. Willigten diese ein, so erhält er Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; that er es hingegen allein, so ist das Anlehn ungültig, und kann als solches zurückgefodert werden l). Was Rechtens ist, wenn der Geber sowohl, als der Empfänger minderjährig war, folgt von selbst aus der, schon (§. 118.) vorgetragenen Lehre von der Collision der Rechte; auch versteht es sich von selbst, dafs die Personen, welche jetzt analogisch die *iura minorum* haben, hier eben so, wie Minderjährige zu behandeln sind m).

Zweyte Abtheilung.

Ueber die Erwerbung der väterlichen Gewalt.

§. 379.

Arten. Die väterliche Gewalt kann auf dreyfache Weise erworben werden, nämlich durch Ehe, Legitimation, und Adoption. Die Arten der Wiederherstellung der väterlichen Gewalt gehören zwar im allgemeinsten Sinn auch zu den Erwerbarten; allein sie lassen sich nicht eher, als in der vierten Abtheilung, nach Darstellung der Erlöschungsgründe der väterlichen Gewalt, gehörig vortragen.

Erstes Capitel.

Ueber die Ehe.

§. 380.

Ehe. Vollkommene, unvollkommene. Unter Ehe n) im Allgemeinen versteht man eine, zwischen Personen ungleichen Geschlechts eingegangene, gesetzmäfsige Ver-

Donellus L. 12. c. 25. A. M. ist Voet h. t. §. 5. Cocceii h. t. qu. 9. schwankend Malblanc princ. §. 509.

l) L. 3. pr. §. 1. 2. h. t. (14. 6.). Boehmer ius D. eod. §. 5.

m) Voet h. t. §. 3. Frommann §. 20. A. M. ist Glück Comm. 14. B. §. 904.

n) Schriften: D'Avezan de sponsalib. et matrimon. (Meermann Thes. T. 4.). H. Brower de iure connubior. Delph. 1714. 4. I. Gerhard Tr. de coniugio. Ed. nov. Tub. 1776. F. G. A. Lobethan Einl. zur theor. Eherechtsgelehrs. Hal. 1785. 8. A. L. Schott Einl. in das Eherecht. Nürnb. 1786. 8. I. A. Hofmann Handb. d. Eherechts

bindung, wodurch beide Theile das Recht auf einen vertrauten ausschliefslichen Umgang erhalten o). In engerem Sinn versteht man aber darunter eine, die angegebenen Rechte ertheilende Verbindung, wodurch die Frau zugleich der Würde und des Ranges des Mannes theilhaftig, und das Kind der Gewalt seines Vaters unterworfen wird. In diesem Sinn ist denn dieselbe unterschieden, sowohl von dem, oben (§. 346.) erwähnten Concubinat, als der, in Deutschland unter erlauchten Personen gebräuchlichen Ehe zur linken Hand *(ad morganaticam, ad legem salicam)*, wobey die Kinder gleichfalls der Mutter folgen p).

§. 381.

Hinzugefügtes Merkmal des Sacraments.

Das katholische Kirchenrecht hat zu dem Begriff der Ehe noch das wichtige Merkmal hinzugefügt, dafs dieselbe ein Sacrament, d. h. eine heilige und unauflösliche Verbindung sey, und aus diesem Grunde die Ehesachen der geistlichen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit unterworfen q). Die Protestanten verliefsen den Begriff des Sacraments, aber behielten häufig die Folgesätze bey r), so, dafs bey der Allmacht der Praxis, ohne eine neue Gesetzgebung, an kein consequentes protestantisches Eherecht zu denken seyn wird s).

der Deutschen. Jena 1789. 8. C. C. Dabelow Grunds. d. allg. Eherechts d. deutschen Christen. Hal. 1792. 8.

o) L. 1. de rit. nupt. (23. 2.) §. 1. I. de patr. potest. (1. 9.). Ueber den Streit den Begriff der Ehe betreffend s. I. S. Stryk de matrimonii natura. Hal. 1708. Idem de fine matrim. Hal. 1728. C. F. Hommel de matrimonio sine proposito liberos procreandi valido. Lips. 1764. C. W. Robert über den Begriff der Ehe. Frkf. u. Leipz. 1787. Popp über Ehescheidungen. 4te Abhandl. I. B. Anthes Ged. vom Zweck der Ehe. Frkf. a. M. 1774. Fresenius Meditat. 2. B. n. 11. Hasse das Güterrecht d. Ehegatten. 1. B. S. 1—24. Gratama opusc. Groening. 1821. nr. 7.

p) H. de Cocceii de lege morganatica. Frkf. 1695. D. Nettelbladt an et quat. matrimonium ad morganat. pacto tale licitum sit? Hal. 1748.

q) Conc. Trident. Sess. 24. de Sacramento. Sanchez de sancto matrimon. sacramento. Nor. 1706.

r) S. Stryk de reliquiis sacram. in matrimon. Hal. 1706. Odelem de eod. arg. Brunsv. 1716.

s) A. L. Schott de leg. connubial. earumque necessaria emendat. Erl. 1782.

Erste Unterabtheilung.

Ueber die Eingehung der Ehe.

§. 382.

Matrimonium ratum, legitimum.

Damit die Ehe gültig sey, muſs sie sowohl weltlichen, als geistlichen Gesetzen gemäſs geschlossen werden. Ist sie bloſs den ersten gemäſs, so heiſst sie *matrimonium legitimum*, hingegen *ratum*, wenn sie bloſs mit den letzten übereinstimmt. Trifft beides zusammen, so nennt man sie *ratum et legitimum* t).

§. 383.

Erfodernisse der Ehe. 1) Keine Ehehindernisse.

Zur vollgültigen Eingehung der Ehe gehört, daſs die Person überhaupt, oder mit dieser andern Person eine solche Verbindung eingehen könne, und daſs die Einwilligung auf die gehörige Art erklärt werde. Alles, was der Gültigkeit einer zu schlieſsenden, oder geschlossenen Ehe im Wege steht, heiſst ein Ehehinderniſs *(impedimentum)*, und dieses kann absolut, oder nur relativ in Ansehung dieser Contrahenten stattfinden u).

§. 384.

Wirkung derselben.

Nach allgemeinen Grundsätzen x), und der bestimmten Vorschrift Justinians y), sollte jedes Ehehinderniſs seiner Natur nach die eingegangene Ehe vernichten. Allein das Kanonische Recht, geleitet durch den Begriff des Sacraments, legt nicht allen diese Wirkung bey, sondern einigen (wie dieſs auch schon das Römische Recht ausnahmsweise in Einem Fall (§. 388.) gethan hat) bloſs die Kraft, die Eingehung der Ehe zu hindern, nicht aber die eingegangene Ehe zu vernichten, während andere auch die eingegangene Ehe ungültig

t) c. 17. C. 28. q. 1. cap. 7. X. de divort. (4. 19.).

u) Schweder Diss. de imped. matrim. (Diss. T. 1. n. 25.). I. C. Link Diss. de imped. matrimon. imped. Diss. de imped. matr. dirim. Arg. 1723. I. B. T. de Ionghe de matrimonio eiusque impedimentis. Leodii 1823. E. A. F. Laspeyres D. canonicae computationis et nuptiarum propter sanguinis propinquitatem ab ecclesia Christiana prohibitarum sistens historiam. Berolin. 1824. Glück Erl. d. Pand. 23. 24. Bd.

x) L. 5. C. de LL. (1. 14.).

y) §. 12. I. de nupt. (1. 10.).

machen. Die ersten werden aufschiebende *(impedientia)*, die letzten vernichtende *(dirimentia)* genannt.

§. 385.

Fortsetzung.

Bey Ehehindernissen, welche nur zum Vortheil der contrahirenden Theile eingeführt sind, können bloſs diese ihre Rechte geltend machen. Wo hingegen auf das gemeine Beste Rücksicht genommen ist, darf der Richter von Amtswegen eintreten. Ehehindernisse der ersten Art werden *privata*, der letzten *publica* genannt [z]).

§. 386.

1) Aufschiebende Hindernisse. A) Verlöbnisse.

Unter die aufschiebenden Hindernisse gehört: A) Nach Kanonischem Recht das, mit einer andern Person vorher gültig eingegangene Eheverlöbniſs [a]). Die Protestanten haben dieſs beybehalten.

§. 387.

B) Fehlender Consens des Vaters.

Eben dieſs gilt B) von der fehlenden Einwilligung des Vaters [b]). Nach Römischem Recht muſs in der Regel nur der Hausvater und der leibliche Vater des Kindes einwilligen, damit die Ehe nicht ungültig sey [c]); doch kann dieſs auch stillschweigend geschehen [d]), so wie durch Ratihabition, welche rückwärts wirkt [e]). Töchter müssen sich sogar die vernünftige Wahl des Hausvaters gefallen lassen *), und sind während der Minderjährigkeit auch nach der Emancipation an die Zustimmung ihres Vaters, der Mut-

z) cap. ult. X. qui matrim. accusar. poss. (4. 18.) cap. 1. X. de sponsal. et matrim. (4. 1.).

a) c. 31. X. de sponsal. (4. 1.) c. 1. 3. X. de sponsa duor. (4. 4.). I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 3. §. 52.

b) I. G. Hennig über die Rechte und Befugnisse der Aeltern bey den Verh. ihrer Kinder. Wittenb. u. Zerbst 1797. 8. Brower de iure connub. L. 1. c. 5. fgg. G. L. Boehmer de necess. parent. consens. in nupt. liber. (Elect. T. 1. n. 14.).

c) L. 2. 3. 18. 25. de R. N. (23. 2.). Weiter geht Lauterbach coll. L. 23. T. 2. §. 24. Ueber die Beschränkungen des Satzes: L. 3. L. 9. pr. L. 16. §. 1. de R. N. (23. 2.).

d) L. 7. §. 1. de sponsal. (23. 1.) L. 5. C. de nupt. (5. 4.).

e) L. 25. C. de donat. int. V. et U. (5. 16.) L. 7. pr. C. ad SCt. Maced. (4. 28.). G. L. Boehmer l. c. §. 21. 22. A. M. ist Glück Erl. d. Pand. 23. B. S. 35—37. Allein s. auch noch oben §. 139.

*) L. 12. §. 1. L. 13. de sponsal. (23. 1.).

ter, der Verwandten und der Obrigkeit gebunden *). Kann man wegen einer physischen Unmöglichkeit die Zustimmung des Vaters nicht erhalten, so ergänzt die Obrigkeit, nach vorhergehender förmlicher Untersuchung, die mangelnde Einwilligung; doch bedarf es dessen im Fall der Abwesenheit des Vaters nicht, wenn drey Jahre verflossen sind, oder sich vernünftig gegen die Wahl nichts einwenden läfst f); auch wird die Einwilligung durch die Obrigkeit ergänzt, wenn der Vater ohne gerechten Grund seine Beystimmung verweigert g). Das Kanonische Recht erklärt aber den Widerspruch des Vaters nur für ein aufschiebendes Hindernifs h). Die Protestanten sind häufig hiebey stehen geblieben i), jedoch ohne allen Grund k). Dafs die Mutter und deren Ascendenten, oder die Väter in allen Fällen auch nach der Emancipation bey uns gleichfalls einwilligen müssen, wird häufig behauptet l), aber durch kein gemeines Recht unterstützt m). Particulaire Gesetze sind oft dafür, so wie für die Zustimmung andrer Personen, z. B. der Curatoren, Gutsherren, und Regiments-Chefs n).

§. 388.

C) Geschlossene Zeiten und Trauerjahr.

Ein ferneres Hindernifs kann C) in der Zeit liegen. In dieser Hinsicht haben wir zwey Vorschriften: a) dafs die Ehe nicht innerhalb den geschlossenen, d. h. nicht in den Advents-Zeiten, und an Fast-, Bet- und Bufstagen eingegangen werden o), und b) dafs die Frau, nach getrennter Ehe, nicht innerhalb eines Jahres einen andern Mann heirathen soll. Das Römische Recht, welches hier, wenigstens

*) L. 1. 18. 20. C. h. t. (5. 4.).

f) L. 25. C. de nupt. (5. 4.) L. 9. 10. 11. h. t. (23. 2.). Höpfner Comm. §. 112. not. 6.

g) L. 19. de rit. nupt. (23. 2.). I. C. Warnemünde de consens. parent. in nupt. liber. supplet. Francf. 1748.

h) cap. 6. X. de raptor. (5. 17.). Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 1.

i) Carpzov iur. cons. L. 2. Def. 60. G. L. Boehmer princ. iur. can. §. 369.

k) I. H. Boehmer l. c. L. 4. T. 2. §. 22. T. 3. §. 51.

l) Vergl. Hennig a. a. O. vierte Abth.

m) L. 1. L. 20. C. de nupt. (5. 4.).

n) Hofacker T. 1. §. 378. In Betreff der Curatoren läfst sich diefs jetzt selbst nach gemeinem Recht vertheidigen. S. unten §. 516.

o) c. 1. 8. 9. 10. C. 23. q. 4. cap. 4. X. de feriis (2. 9.). Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matrim. c. 10. A. F. Schott D. sistens histor. legum eccles. de temporib. nupt. claus. Lips. 1774.

bey der, auf die Haltung eines Trauerjahrs gerichteten Vorschrift *), auch nur ein aufschiebendes Hindernifs annimt, begleitet sein Verbot mit der Androhung mehrerer Strafen, worunter auch die Infamie ist, und welche auch bey einem unehelichen Beyschlaf eintreten sollen p); allein eine, freilich nur die Infamie nennende Entscheidung des Kanonischen Rechts hebt, nach der Ansicht unsrer Praxis, durch ihren Geist alle jene Strafen auf q).

§. 389.

D) Gelübde der Keuschheit.

Ein, gleichfalls unter Umständen nur aufschiebendes Hindernifs ist D) das Gelübde der Keuschheit. Ein feierliches Gelübde dieser Art ist bey den Katholiken ein vernichtendes r), ein Privat-Gelübde aber nur ein verhinderndes s). Bey den Protestanten hat das letzte gar keine Kraft t); die, den Deutschen Rittern, Stiftsfrauen und männlichen Klostergliedern obliegende Pflicht, während ihres Standes nicht zu heirathen, ist aber nur ein aufschiebendes Hindernifs u).

§. 390.

E) Verbot des Richters.

Nicht mehr Kraft haben E) richterliche Verbote, die Ehe einzugehen x), falls nicht das, den Befehl erlassende Gericht bischöfliche Rechte

*) also nicht für das, nach der Scheidung auszuharrende Jahr, und auch nicht für den Fall, wenn die Frau nach widerrechtlicher Aufkündigung der Ehe gegen das gesetzliche Verbot binnen 5 Jahren heirathet. L. 53. §. 3. C. de episcop. (1. 3.) L. 8. §. 4. L. 9. C. de repud. (5. 17.) Nov. 22. c. 22.

p) L. 53. §. 3. C. de episc. (1. 3.) L. 1. 2. C. de secund. nupt. (5. 9.) L. 8. §. 4. L. 9. C. de repud. (5. 17.) Nov. 22. c. 22. Nov. 39. c. 2. Ueber den Grund: L. 9. L. 10. L. 11. pr. §. 1. 2. de his qui not. inf. (3. 2.). Püttmann int. c. 33. Idem probab. L. 1. c. 17. Idem adversar. L. 1. c. 10. Koehler interpr. L. 2. c. 8.

q) cap. 4. 5. X. de secund. nupt. (4. 21.). Müller ad Leyser Obs. 529. Glück Erl. d. Pand. 24. B. S. 197—200. A. M. ist I. F. Sarnighausen de poena concub. intra annum luct. privata per cap. 4. 5. X. cit. non abrogat. Goett. 1775. Grolman u. Löhr Magaz. 3. B. 4. Hft. S. 520—525.

r) cap. 1. 2. X. qui cleric. vel voc. matr. (4. 6.). Conc. Trid. Sess. 24. de Reform. matrim. c. 6. 9.

s) c. 4. 6. X. l. c. c. 2. 5. D. 27. c. 1. C. 20. qu. 3. c. 22. 26. C. 7. q. 1.

t) W. F. Art. 5. §. 16. Boehmer I. E. P. L. 3. T. 3. §. 22. fgg.

u) Augsb. Conf. Art. 27. Boehmer l. c. Tit. 34. §. 18. 21.

x) cap. 1. 2. 3. X. de matrim. contr. interdict. (3. 16.) cap. 3. X. de clandest. desp. (4. 3.).

haben, und die Eingehung der Ehe bey Strafe der Nichtigkeit verbieten sollte y).

§. 391.

F) Aufgebot. Um aufschiebende Hindernisse zeitig zu entdecken, ist F) das dreymalige, in der Pfarrkirche der Verlobten von dem competenten Pfarrer von der Kanzel vorzunehmende Aufgebot *(proclamatio)*, aber gleichfalls nur als aufschiebendes Hindernifs, angeordnet. Zeigen sich darauf Hindernisse, so wird bis zur ausgemachten Sache die Ehe aufgeschoben; ist aber diese nachher geschlossen, so fallen alle weiteren Privat-Ansprüche weg z). Die Vernachlässigung des Aufgebots wird aber doch mit arbitrairen Strafen geahndet a), wenn man nicht Dispensation ausgewirkt hat.

§. 392.

2) Vernichtende Hindernisse. A) Körperliche Mängel. Die vernichtenden Ehehindernisse liegen Theils in dem Mangel, der zur Erfüllung der ehelichen Pflichten erfoderlichen Eigenschaften, Theils in andern Ursachen. A) Aus dem ersten Grunde sind unfähig a) wegen Mangels des Alters alle Unmündigen b), wenn sich nicht bey ihnen früher die Fortpflanzungsfähigkeit einstellen sollte c). Unter erlauchten Personen sind jedoch die Ehen der Kinder, unter Aussetzung der Consummation derselben, gebräuchlich d). Hohes Alter dagegen ist kein Hindernifs e). b) Kastraten, und zwar unbedingt f). In Rücksicht anderer

y) I. H. Boehmer l. c. L. 4. T. 16. §. 6. 7.

z) cap. 3. X. de cland. despons. (4. 3.) cap. ult. X. qui matr. acc. poss. (4. 18.) cap. 5. X. de bigam. non ordin. (1. 21.) cap. 7. X. de convers. coniug. (3. 32.). Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matrim. cap. 1. I. H. Felz de proclamat. desponsator. Arg. 1709. I. P. Hahn de denunciat. ad praescript. Laterat. et Trident. Mog. 1743.

a) cap. 3. §. 1. X. de clandest. despons. (4. 3.). L. Menken de omissa proclam. sacerd. Lips. 1703.

b) pr. I. de nupt. (1. 10.) L. 4. de rit. nupt. (23. 2.) c. 8. 10. 11. X. de despons. impub. (4. 2.). Ueberh. I. S. Stryk de qualitate et iure personarum matr. contrahentium. Hal. 1710.

c) c. 3. 14. X. l. c.

d) F. a Wollzogen de connub. infant. inter illustres maxime frequentatis. Ien. 1724. und Frkf. et Lips. 1728.

e) Püttmann de nupt. senum. Hal. 1782.

f) L. 39. §. 1. de iure dot. (23. 3.). Edict. Pii V. de a. 1586. in Bullar. magn. T. 2. p. 634. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 15. §. 10. fgg. A. M. ist Müller ad Leyser Obs. 523. S. auch überh aupt

Unvermögender und Unfähiger ist zu unterscheiden, ob sie auf immer (absolut in Rücksicht eines jeden, oder relativ im Verhältnifs zu dieser Person) unfähig sind, oder nicht. Im ersten Fall ist die Ehe gültig, wenn beide Theile die Unfähigkeit zur Zeit der Eingehung der Ehe kannten g), oder nachher ihrem Recht entsagten, welche Entsagung aber im Ganzen aus einem dreymonatlichen Schweigen nicht gefolgert werden kann h); ungültig hingegen ist sie, wenn die unbekannt gewesene völlige Impotenz durch eine ärztliche Untersuchung erwiesen ist i); doch ist der, aus Irrthum unvermögend befundene Theil nach Aufklärung dieses Irrthums zur Fortsetzung der Ehe verbunden k). Ein, nicht sofort als unheilbar erscheinendes Unvermögen verpflichtet beide Theile zu einer dreyjährigen Probe. Schlägt diese fehl, so erfolgt die Trennung der Ehe von da an *), und zwar nach vorgängiger Beschwörung des Unvermögens, entweder beider Theile, wenn beide Theile das Unvermögen zugeben, oder allein des Beschuldigenden, wenn der Beschuldigte es leugnet l). Ein, nach Eingehung der Ehe ohne Absicht entstehendes Unvermögen wird nicht weiter in Betracht gezogen m), so wenig, als eine vorübergehende und heilbare Unfähigkeit n).

§. 393.

B) Gleichzeitige, nicht aber nachfolgende Polygamie. Folgen der letzten.

Ein weiteres Hindernifs ist B) das Verbot der gleichzeitigen Polygamie o). Die successive Polygamie ist erlaubt; doch treffen den, zur zweyten Ehe schreitenden

I. G. Simonis brevis delineat. impotentiae coniugalis. Edit. 4. Ien. 1718. H. Delphini eunuchi coniugium. Hal. 1685. 1697. 1718.

g) cap. 4. 5. X. de frigid. (4. 15.).

h) A. M. sind wegen cap. 1. 5. X. l. c. Wernher P. 3. Obs. 56. Hellfeld iurpr. for. §. 1261. Das ganze Gesetz sucht hier durch Interpretation zu entfernen Glück Erl. d. Pand. 26. B. S. 296—303.

i) cap. 1. 2. 3. X. l. c.

k) cap. 1. 5. 6. X. l. c.

*) Denn bis dahin gilt sie als matrimonium putativum. Glück a. a. O. S. 297.

l) c. 2. C. 33. q. 1. cap. 1. 5. 7. X. l. c. Wernher P. 2. Obs. 392. Boehmer l. c. §. 34.

m) c. 25. C. 32. q. 7.

n) Stryk l. c. §. 17. 18.

o) §. 6. I. de nupt. (1. 10.) L. 2. C. de incest. nupt. (5. 5.) L. 7. C. de iud. et coelicol. (1. 9.). C. Thomasius de crimine bigam. Lips. 1658. Premontual Tr. de la monogamie; à la Haye. 1751. 3. B. 8. Deutsch. Nürnb. 1754. 8. I. Klein de praeferent. matrimon. in concurs. duor. Rost. 1698. Michaelis paral. contra polygam. (Comm. T. 2. n. 5.).

Gatten folgende, noch jetzt stattfindende p), Nachtheile: nämlich a) er verliert, unter Vorbehalt des lebenslänglichen Nieſsbrauchs, die Proprietät alles dessen, was durch eine Liberalität des vorigen Ehegatten auf ihn gekommen ist, und diese Proprietät wird nach Erbfolgeordnung unter die Kinder erster Ehe gleich getheilt q). Auf onerosen, und durch die Gesetze angewiesenen Erwerb ist dieſs nicht zu erstrecken r). b) Wenn Mutter und Vater s) eine neue Ehe eingehen, so verlieren sie gleichfalls die Proprietät dessen, was sie als Intestat-Erben eines verstorbenen Kindes erster Ehe an solchen Sachen, welche das Kind von dem verstorbenen ersten Ehegatten erhielt, geerbt haben, und dürfen darüber zum Nachtheil der Kinder erster Ehe nichts verfügen; doch erhalten sie durch den Tod der letzten ihre vollen Rechte wieder t). c) Der aufs neue Verheirathete darf dem zweyten Ehegatten auf keine Weise unter Lebenden, oder auf den Todesfall mehr schenken, als das, am geringsten bedachte Kind erster Ehe von ihm erhält u). Der ganze Ueberschuſs, mithin nicht bloſs so viel, als nöthig ist, jene gesetzliche Gleichheit hervorzubringen, fällt auf Verlangen allen Kindern erster Ehe gleichmäſsig zu x). Was ein Gatte nach gesetzlicher Vorschrift erhielt, kann aber in jene Geschenke nicht eingerechnet werden y). Uebrigens verlieren die Kinder erster Ehe

p) Pufendorf T. 1. Obs. 23. A. M. ist Wernher lect. comm. L. 23. T. 1. §. 18. wegen cap. 4. 5. X. de secund. nupt. (4. 21.). Allein s. Müller ad Leyser Obs. 526. Vergl. überh. I. H. Boehmer de secundis nuptiis praecipue illustr. personar. Hal. 1723. Alssen de eo quod hodie iuris est circa poenas secundis nuptiis scriptas. Goett. 1751.

q) L. 3. pr. L. 4. L. 5. §. 2. C. de sec. nupt. (5. 9.) L. un. C. si sec. nups. (5. 10.) vergl. mit Nov. 2. c. 2. Nov. 22. c. 32. Nov. 98. c. 1. Nov. 127. c. 3. Boehmer l. c. cap. 1. §. 51. 52. 55.

r) Voet L. 23. T. 2. §. 101. A. M. ist Pufendorf T. 1. Obs. 23.

s) Vermöge einer von Vielen, z. B. Stryk de succ. ab intest. D. 12. c. 3. §. 13. Glück Intest. Erbf. S. 300. vertheidigten Ausdehnung. A. M. ist Silberrad D. qua dominium hered. liberor. prior. matrim. ab intest. delatae patribus ad sec. nupt. transeunt. asseritur. Arg. 1757.

t) L. 3. §. 1. C. de sec. nupt. (5. 9.) Nov. 22. c. 27. Voet l. c. §. 106.

u) L. 6. pr. L. 9. C. de secund. nupt. (5. 9.) vergl. mit Nov. 22. c. 27. 28. G. L. Boehmer de restricta de bonis suis in favor. secundi coniug. dispon. facultate. Goett. 1768. (Elect. T. 2.).

x) L. 6. 9. pr. C. cit. vergl. mit Nov. 22. c. 27. A. M. ist G. L. Becher vindiciae interpr. genuinae Leg. 6. C. de sec. nupt. Frkf. ad M. 1797. §. 12. fgg.

y) Voet l. c. §. 122.

dieses Recht weder durch Einwilligung in die zweyte Ehe z), noch durch ein Verbot des Schenkers a), noch dadurch, daſs der erste Ehegatte die zweyte Heirath erlaubte b); wohl aber durch Entsagung, so wie, wenn sie vom Schenker gültig enterbt wurden, oder vor demselben starben c). d) Die Mutter verliert die Vormundschaft der Kinder erster Ehe, und zwar auf immer d), so wie e) die Würde und den Gerichtsstand des vorigen Ehemannes e). f) Der Vater muſs den Kindern, wegen künftig auszuliefernder Legate, Caution bestellen f). g) Die Mutter kann die, den Kindern erster Ehe gemachten Geschenke nur sehr grober Undankbarkeit wegen, und, wenn sie ausschweifend lebt, gar nicht zurückfodern g). Endlich h) wird durch die zweyte Ehe Alles verwirkt, was der erste Ehegatte dem, zur zweyten Ehe schreitenden, unter der Bedingung, sich nicht wieder zu verheirathen, gegeben hat h). Noch setzen Manche auch dieſs unter die Wirkungen der zweyten Ehe, daſs die Kinder gegen die Aeltern, als Vormünder, Restitution erhalten können i); allein schon vor der zweyten Ehe findet gegen die Aeltern, als Vormünder, diese Wohlthat Statt k).

§. 394.

C) Ehebruch. Nach Römischem Recht ist G) der, mit einer Person begangene Ehebruch unbedingt ein Hinderniſs der Ehe mit derselben l). Das neuere Kanonische Recht läſst dieſs nur bloſs in den zwey Fällen zu, wenn der Ehebrecher dem wahren Ehegatten nach dem Leben gestanden, oder auf den Fall des Todes desselben dem Mitverbrecher die Ehe versprochen hat m).

z) Pufendorf T. 1. Obs. 24. A. M. ist Faber in Cod. L. 4. T. 5. Def. 5.

a) Voet l. c. §. 112.

b) A. M. ist Leyser Sp. 300. m. 20. Allein s. Hofacker T. 1. §. 521. not. 2.

c) L. 3. in f. C. de sec. nupt. (5. 9.) Nov. 22. c. 27.

d) Nov. 22. c. 38. 40. Nov. 94. c. 3. Stryk D. de eventu c. 2. n. 85. I. H. Boehmer l. c. cap. 1. §. 48. 50.

e) L. 22. §. 1. ad municipal. (50. 1.). I. H. Boehmer l. c. §. 47.

f) Nov. 22. c. 41.

g) L. 7. C. de revoc. donat. (8. 56.) Nov. 22. c. 35. Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. 2. 3. Hft. S. 373—375.

h) Nov. 22. c. 43. 44.

i) Leyser spec. 300. m. 20. Glück Comment. §. 443.

k) Nov. 155. Boehmer ius D. L. 4. T. 4. §. 4.

l) L. 13. de his quae ut indign. (34. 9.) Nov. 134. c. 12.

m) cap. 1. 3. 6. X. de eo qui dux. in matr. (4. 7.) cap. 1. X. de convers. infidel. (3. 33.).

§. 395.

D) Entführung. Eben so ist D) die ältere Vorschrift, daſs der Entführer die Entführte nicht heirathen dürfe n), jetzt in allen Fällen aufgehoben, wenn die Entführte auſser der Gewalt des Entführers zu der Ehe ihre freye Einwilligung gibt o).

§. 396.

E) Staatsamt. Die Vorschrift der Römer, daſs E) ein Gouverneur der Provinz während seiner Amtsführung keine Provincialin heirathen dürfe p), kann jetzt, da uns solche Beamte fehlen, nicht mehr zur Anwendung gebracht werden q).

§. 397.

F) Vormundschaft. Eben dieſs behaupten Viele F) in Ansehung der Bestimmung des Römischen Rechts, daſs der Vormund bey Strafe der Infamie, und dessen Sohn die Pflegbefohlene nicht vor abgelegter Tutelar-Rechnung, und vor Ablauf der, den groſsjährig gewordenen Mündeln zur Restitution gesetzten Zeit heirathen dürfe r), weil man bey uns den Vormund als Rechnungsführer unter strengerer Aufsicht halte s). Allein das bloſse Wegfallen des Grundes, wenn auch der angegebene wahr seyn sollte, kann hier juristisch die Disposition des Gesetzes nicht vernichten.

§. 398.

G) Religion. Wegen Religions-Ungleichheit ist G) die Ehe zwischen Juden und Christen t), und nach Kanonischem Recht zwischen Katholiken und Ungläubigen verboten u). Die letzte Vorschrift fällt jetzt in Ansehung der, in Deutschland aufgenommenen christlichen Glaubensgenossen weg x).

n) L. un. §. 1. C. de rapt. virg. (9. 13.).

o) cap. 6. 7. X. de rapt. (5. 17.). Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 6.

p) L. 38. 57. pr. 63. 65. de R. N. (23. 2.) L. 6. C. de nupt. (5. 4.).

q) Schott Eher. §. 102.

r) L. 15. de sponsal. (23. 1.) L. 59. 60. 64. 66. 67. de R. N. (23. 2.). I. E. L. Püttmann progr. ad Orat. D. Marci de pupilla a tutore eiusve filio haud ducenda. Lips. 1783.

s) Pufendorf T. 2. Obs. 94. G. L. Boehmer de querel. inoff. donat. fratr. §. 8. (Elect. T. 1.).

t) L. 6. C. de iudaeis (1. 9.).

u) c. 15. 16. 17. C. 28. qu. 1. cap. 14. de haeretic. in 6. (5. 2.).

x) W. F. Art. 5. §. 34. I. W. Feuerlin de prohibit. matrim. cum infidelibus. Alt. 1755.

§. 399.

H) Standes-ungleichheit.

Auch H) wegen Ungleichheit des Standes waren bey den Römern manche Ehen verboten y), welches aber Justinian aufgehoben hat z). In Deutschland gibt es wider Mifsheirathen mancherley particulaire Vorschriften; aus dem alten einheimischen gemeinen Recht liefs sich aber nicht mehr darthun, als dafs nur die Ehe einer fürstlichen Person mit einer vom niedern Adel, oder Bürgerstande, Mifsheirath sey, und blofs die Wirkungen einer morganatischen Ehe (§. 380.) mit sich führe a).

§. 400.

I) Verwandtschaft. a) Blutsfreundschaft.

Am wichtigsten sind I) die Eheverbote wegen Nähe der Verwandtschaft, und was derselben gleichgesetzt ist b). Folgende Regeln enthalten, mit Uebergehung der mannigfaltigen, von Andern ohne Grund angenommenen Fälle c), bestimmt alles hieher Gehörige: I) Unter wahren Blutsverwandten ist 1) in der geraden Linie nach Mosaischem Recht die Ehe zwischen Aeltern und Kindern und Enkeln verboten, welches aber, sehr natürlich, als ein, ins Unendliche gehendes Verbot behandelt wird d). Das Römische verbietet sie durch alle Grade e); eben so das Kanonische f). Stehen 2) die Verwandten in Seitenlinien, so verbietet das Mosaische Recht die Ehe zwischen Geschwistern g), und im Fall eines *respectus parentelae* (§. 235.) die Ehe mit der, unter dem gemeinschaftlichen Stammvater stehenden Frau h), welches Vie-

y) L. 43. 44. de R. N. (23. 2.).

z) L. 23. L. 29. C. de nupt. (5. 4.) Nov. 89. c. 15. Nov. 117. c. 6. Heineccius ad L. Iul. et Pap. Popp. L. 2. c. 3.

a) Pütter über Mifsheyrathen teutscher Fürsten und Grafen. Götting. 1796. 8.

b) I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. I. R. Kugler de nupt. incest. Arg. 1771. C. C. Hofacker D. sistens histor. et ration. iuris incestum prohibent. Tub. 1787. Michaelis Mosaisches Recht. 2. T. §. 98. fgg. Abh. v. d. Ehegesetzen und verbotenen Ehen. Bütz. und Wism. 1761. 8. K. A. M. Schlegel Darst. der verbot. Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft bey Heyrathen. Hannov. 1802. 8. S. auch noch die, in §. 383. not. u. citirten Schriften.

c) S. darüber Schott Eher. §. 129.

d) III. B. Mos. 18. v. 7. 10.

e) §. 1. I. de nupt. (1. 10.).

f) c. 18. C. 35. q. 1. 2.

g) III. B. Mos. 18. v. 9. 11.

h) III. B. Mos. 18. v. 12. 13.

le i), aber ohne Grund k), auf den umgekehrten Fall ausdehnen. Das Römische verbietet da, wo ein *respectus parentelae* stattfindet, die Ehe unbedingt l), sonst nur im zweyten Grade, nicht weiter m). Das Kanonische ist in Betreff des *respectus parentelae* gleichlautend n), verbietet aber in den übrigen Fällen die Ehe in den vier ersten Graden nach seiner Computation o). Wie weit die protestantische Praxis hievon abgewichen sey, läſst sich nicht auf Regeln bringen p).

§. 401.

b) Schwägerschaft.

II) Unter Schwägern, und zwar A) der ersten Gattung (§. 238.) verbietet a) in gerader Linie das Mosaische Recht (welches hier zuweilen mit dem Verbot der Polygamie coincidirt, und nicht ohne Willkühr über die genannten Fälle ausgedehnt werden kann) bloſs die Ehe mit des Vaters Weib q), des lebenden Weibes Mutter r), mit der Schwiegertochter s), der Stieftochter und der Stiefenkelin t). Das Römische und Kanonische verbieten sie ins Unendliche u). b) In der Seitenlinie verbietet das Mosaische die Ehe mit des Vaters Bruders Weibe x), mit des lebenden Weibes Schwester y), und mit des Bruders Weibe z); doch muſs der überlebende Bruder die Frau des verstorbenen heirathen (Levirat-Ehe), wenn der letzte kinderlos starb a). Das Römische Recht beschränkt sich bloſs auf die Entscheidung, daſs der Bruder des verstorbenen Bru-

i) Hofacker princ. T. 1, §. 362.

k) Michaelis a. a. O. §. 117. G. C. Gebauer de matrimonio cum avunculi vidua. Goett. 1737.

l) §. 3. I. de nupt. (1. 10.).

m) §. 2. 4. I. l. c. L. 54. de R. N. (23. 2.) L. 19. C. de nupt. (5. 4.). E. Otto de nupt. consobrinor. (Collect. Diss. n. 2.).

n) cap. 8. X. de consangu. et affin. (4. 14.).

o) cap. 8. X. cit.

p) Ueber das particulaire protest. K. R. vergl. Schlegel a. a. O. S. 250—526.

q) III. B. Mos. 18. v. 8. 1. Ep. an d. Corinth. 5. v. 1.

r) III. B. Mos. Cap. 18. v. 17. Cap. 20. v. 14. V. B. Mos. 27. v. 23.

s) III. B. Mos. 18. v. 12.

t) a. a. O. v. 17.

u) §. 6. I. de nupt. (1. 10.) cap. 8. X. de consang. et aff. (4. 14.). I. M. Lang de nupt. ob affinit. in lin. recta controversis. Alt. 1709. Bey den Römern ward der Concubinat hier auch als Ehe behandelt. L. 1. §. 3. de concub. (25. 7.) L. 4. C. de nupt. (5. 4.).

x) a. a. O. v. 14. Cap. 20. v. 20.

y) III. B. Mos. 18. v. 18.

z) a. a. O. v. 16. Cap. 20. v. 21.

a) V. B. Mos. 25. v. 5—10. C. W. F. Walch de lege leviratus ad fratres non germanos referenda. Goett. 1765.

ders Frau, und der Mann die Schwester seiner Frau nicht heirathen dürfe b). Das Kanonische dagegen verbietet bey rechtmäſsiger Schwägerschaft die Ehe unter Schwägern, wie unter Cognaten, also im Fall des *respectus parentelae* ins Unendliche, sonst bis in den vierten Grad; bey unrechtmäſsiger Schwägerschaft aber nur bis in den zweyten Grad c). B) In Betreff der folgenden Gattungen der Schwägerschaft hebt das Kanonische Recht alle seine ältern Verbote auf d). Das Römische verbietet bloſs die Ehe des Stiefvaters mit der Frau des Stiefsohns, und der Stiefmutter mit dem Mann ihrer Stieftochter e), nicht aber in andern Fällen, z. B. unter zugebrachten Kindern, mit der Tochter erster Ehe des Schwiegersohns u. s. w. f).

§. 402.

c) Quasi-Affinität.

III) In einigen, unter den Begriff der Affinität nicht gehörigen Fällen verbietet das Römische Recht unter gewissen Personen, nämlich des Mannes einer geschiedenen Frau mit deren, nach der Scheidung von einem andern Manne gezeugten Tochter, so wie der Braut mit des Bräutigams Vater, und des Sohnes mit des Vaters Braut, die Ehe eben so, als ob sie Schwäger wären g). Die Neueren nennen dieſs ein Ehehinderniſs wegen der Quasi-Affinität. Das ältere Kanonische Recht hat die, durch Verlobung entstehende sogenannte Verwandtschaft sehr ausgedehnt h), das Tridentinische Concilium beschränkt sie aber wieder auf den ersten Grad der Kanonischen Computation i). Die Protestanten folgen dem Römischen Recht k). Auch kann man noch unter diese Rubrik die Vorschrift ziehen, daſs der Versuch zum Beyschlaf die Wirkung der Vollendung desselben haben soll l).

b) L. 5. 8. 9. C. de incest. nupt. (5. 5.).

c) cap. 1. 8. 9. X. de consang. et affin. (4. 14.) Concil. Trident. Sess. 24. de reform. matrim. c. 4. Manche lassen hier in der Seitenlinie den respectus parentelae gar nicht gelten. Hellfeld iur. for. §. 1213.

d) cap. 8. X. l. c.

e) L. 15. de R. N. (23. 2.).

f) L. 8. I. de nupt. (1. 10.) L. 34. §. 2. de R. N. (23. 2.).

g) §. 9. I. de nupt. (1. 10.) L. 12. §. 1. 2. L. 14. §. ult. in f. de R. N. (23. 2.). Eben so cap. un. de sponsal. in 6. (4. 1.). Concil. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 3.

h) c. 1. C. 27. q. 1.

i) Conc. Trid. l. c. cap. 3.

k) Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 33.

l) cap. 3. X. de spons. (4. 1.) cap. 7. X. de eo qui cognov. (4. 13.).

§. 403.

d) Bürgerliche Verwandtschaft.

IV) Die bürgerliche Verwandtschaft, welche aus Arrogation und voller Adoption entspringt, gibt dem angenommenen Kinde nur die Rechte eines Agnaten in Verhältnifs zu den Agnaten des Adoptiv-Vaters; doch dauert dieses Verhältnifs nur so lange, als die Adoption nicht aufgelöst ist m). Das Römische Recht hat diesen Begriff hier nicht überall durchgeführt. Denn 1) verbietet es die Ehe des Adoptiv-Kindes mit denen, welche durch Adoption mit ihm in elterliche Verhältnisse gekommen sind, auch nach getrennter Adoption n). 2) Untersagt es auf immer die Ehe mit der Frau des Adoptiv-Vaters, und die des letzten mit der Frau des Adoptiv-Sohns o); so wie 3) während der Adoption die Ehe des Adoptiv-Kindes mit der Mutter und Mutterschwester des Adoptiv-Vaters p). Im Uebrigen enthält es keine weiteren Abweichungen. Das Adoptiv-Kind darf also, zwar nicht während der Adoption, aber nachher, die Agnaten des Adoptiv-Vaters in absteigender Linie heirathen q), unbedingt aber dessen sonstige Cognaten, z. B. die *soror uterina*, und die Tochter der Tochter desselben r).

§. 404.

e) Geistliche Verwandtschaft.

V) In Betreff der, jetzt sogenannten geistlichen Verwandtschaft (§. 234.) hat schon Justinian die Ehe des Empfängers aus der Taufe (*susceptor, patrinus*) mit dem Täufling verboten s). Das Kanonische Recht geht sowohl in Betreff der Taufe, als der Firmelung viel weiter t). Das Tridentinische Concilium hat diefs dahin beschränkt, dafs nur zwischen dem Gevatter und Täufer an einem, und dem Täufling und dessen natürlichen Aeltern am andern Theil eine die Ehe verhindernde geistliche Verwandtschaft stattfinden solle u). Von der, der Taufe analogen Firmelung

m) §. 7. I. de adopt. (1. 11.) L. 6. 7. 23. eod. (1. 7.).

n) §. 1. I. de nupt. (1. 10.).

o) L. 14. pr. §. 1. L. 55. pr. eod.

p) L. 55. §. 1. eod.

q) L. 17. pr. eod.

r) L. 12. §. 4. eod.

s) L. 26. C. de nupt. (5. 4.).

t) c. 1. C. 30. q. 3. 4. cap. 1. 6. 7. X. de cognat. spir. (4. 11.).

u) Conc. Trid. Sess. 24. de Reform. matrim. c. 2. 3.

gilt dasselbe. Die Protestanten befolgen nichts von diesen Vorschriften x).

§. 405.

II) Gehörige Art der Eingehung.

Zur wirklichen Eingehung der Ehe gehört, daſs zuvörderst die Bedingungen eines Vertrages vorhanden sind y). Beide Theile müssen also a) wirklich ihre Einwilligung erklären, und juristisch einer solchen fähig seyn; doch darf die Tochter der vernünftigen Wahl des Vaters nicht widerstreiten z). b) Was Verträge vernichtet, macht auch die Ehe ungültig, also ein stattgehabter Zwang a), der *dolus caussam dans* eines Contrahenten und eines Dritten, er beziehe sich nun auf die Person, oder die Güter b), so wie ein wesentlicher Irrthum. Da das Object der Ehe etwas sehr Complicirtes und moralischer Natur ist, so wäre es sehr zu wünschen, daſs die Gesetze selbst die Anwendung der allgemeinen Grundsätze (§. 145—147.) auf diesen Fall übernommen hätten. Allein wir finden nichts weiter, als die Entscheidung, daſs der Irrthum über die Person selbst, ihre Freyheit und Zeugungsfähigkeit ein vernichtender sey c), nicht aber der Irrthum über die Jungfrauschaft d), von welchem letzten man aber jetzt häufig abgeht e). Ueber die schwierige Frage: welchen Einfluſs heimliche Krankheiten haben? ist nichts entschieden f), und eben so wenig über die, häufig bejahete Frage: ob die Ehe nichtig sey, wenn man irrig eine infamirte Person heirathe g)? Im Ganzen kann hier die Antwort nur dahin ausfallen, daſs die Ehe, wenn nicht

x) I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 11. §. 12. 14.

y) Ueberh.: B. Brissonius de ritu nupt. (in op. minor.). Fr. Hotomannus Disp. de ritu nupt. (in op. T. 1.).

z) L. 16. §. 2. de R. N. (23. 2.) L. 11. 12. 13. de sponsal. (23. 1.) c. 26. C. 32. q. 7. cap. 24. X. de sponsal. (4. 1.). R. Teller de duriore foeminar. conditione in matrimon. contrah. Lips. 1736. Th. 2. §. 3. not. i. Th. 6. §. 10. fgg.

a) cap. 14. 15. 16. X. l. c. cap. 11. X. de despons. impub. (4. 2.).

b) cap. 26. X. de sponsal. (4. 1.). A. Kaestner de matrimonio copula carn. et sacerdot. consumm. ob dol. adhib. annullando. Lips. 1727. cap. 2. §. 13. fgg. cap. 3.

c) c. un. C. 29. q. 1. cap. 4. X. de coniugio servor. (4. 9.) und oben §. 392.

d) c. un. C. 29. q. 1.

e) Carpzov iurp. consist. L. 2. T. 11. Dec. 193. C. H. Breuning quaest. an defectus virgin. declarationi nullitat. matrim. concedat locum? Lips. 1776.

f) Tit. X. de coniug. lepros. (4. 8.).

g) Schott §. 89. not. 1.

zugleich eine Arglist des Nichtirrenden eintrit, bloſs dann durch einen Mangel ungültig wird, wenn dieser die Kinderzeugung unmöglich macht h). Durch Genehmigung des Gezwungenen, Betrogenen und Irrenden wird übrigens die Nichtigkeit abgewandt i); jedoch mit der merkwürdigen Einschränkung, daſs der Betrüger selbst, wenn er will, auf die Nichtigkeit dringen kann k).

§. 406.

Bedingungen. Auch Bedingungen können bey Eingehung der Ehe stattfinden. Was a) die aufschiebenden betrifft, so haben wir in Ansehung der möglichen kein Gesetz. Wollte man hier nun die allgemeinen Grundsätze (§. 119—126.) anwenden, so müſste man sagen: durch eine solche Bedingung ist die Ehe als hinausgesetzt anzusehen. Concumbiren im letzten Fall die Contrahenten vor Existenz der Bedingung, so ist diese eben dadurch erlassen l). Allein da jetzt die Ehen stets öffentlich zu schlieſsen sind (§. 407.), so lassen sich jene Grundsätze insofern nicht anwenden, als Bedingungen ohne Oeffentlichkeit eintreten. Unmögliche, nach allgemeinen Grundsätzen einen Vertrag vernichtende Suspensiv-Bedingungen, wenn sie nicht den wesentlichen Zwecken der Ehe widerstreiten, sind auf allen Fall als nicht hinzugefügt zu betrachten m). Eben so werden b) auflösende Bedingungen als nicht hinzugefügt angesehen, ausgenommen, wenn sie dem einen Contrahenten etwas, dem wesentlichen Zweck der Ehe Widerstreitendes zur Pflicht machen, in welchem Fall sie die Ehe sofort vernichten n).

h) Vergl. Lauterbach coll. L. 23. T. 2. §. 95—102. Glück Erl. d. Pand. 2. B. S. 431—443.

i) cap. 6. 21. X. de sponsal. (4. 1.) cap. 2. X. de eo qui dux. in matr. (4. 7.) cap. 4. X. qui matr. accus. (4. 18.).

k) cap. 26. X. de sponsal. (4. 1.). Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1. §. 142.

l) cap. 30. X. de spons. (4. 1.) cap. 3. 6. X. de condit. appos. (4. 5.). Schott §. 154. not. **.

m) cap. ult. X. eod. Durani Tr. de condit. et mod. imposs. P. 4. c. 6. (Hinter Brussel de cond. Frkf. 1700.).

n) cap. ult. X. l. c. verglichen mit den Grundsätzen der Katholiken und Protestanten, daſs die Ehe, als Sacrament, unauflöslich, und keine willkührliche Trennung der Ehe erlaubt ist. Boehmer l. c. L. 4. T. 5. §. 11.

§. 407.

Solennien. Gewissensehe.

Die Ehe ist zugleich ein feierlicher Vertrag, und erfodert aufser der vorhergehenden väterlichen Einwilligung und dem Aufgebot (§. 387. 391.) bey ihrer Abschliefsung noch gewisse Formalitäten. Justinians Vorschriften o) sind jetzt antiquarisch. Bey den Katholiken müssen beide Theile vor Zeugen und dem competenten Pfarrer des Bräutigams, oder beider Theile, oder einem dazu beauftragten Pfarrer ihre Einwilligung blofs erklären p). Die Protestanten haben statt dessen die priesterliche Einsegnung des competenten Pfarrers als Copulation angenommen q), welche denn auch als absolutes Erfodernifs betrachtet werden mufs r). Die Trauung eines incompetenten, ja sogar eines abgesetzten Pfarrers wird jedoch häufig nicht für ungültig gehalten s). Andern Religions-Verwandten gestattet man ihre eignen Cerimonien t), und protestantischen erlauchten Personen die Eingehung der Ehe ohne alle Förmlichkeit, welche man dann Gewissensehe (*matrimonium conscientiae*) nennt u). Bürgerlichen Personen, welche nicht Regenten sind, ist sie aber nicht erlaubt x). Uebrigens kann auch durch einen Bevollmächtigten die Ehe geschlossen werden y).

o) Nov. 74. c. 4. Nov. 78. c. 3. Nov. 117. c. 4. 6. Jordens de legitimat. Diss. II. c. 3. §. 1—3.

p) Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 1. A. M. ist Leyser Sp. 298. m. 10. allein s. Müller Obs. 515.

q) I. F. Keyser origines benedict. sacerdotalis. Giess. 1735. Geschichte der kirchlichen Einsegnung und Copulation der Ehen. Lüneburg 1805.

r) Lauterbach coll. L. 23. T. 2. §. 17—19. A. M. ist H. de Cocceii de matrimonio momentario. Frkf. ad V. 1701. Sect. 2. §. 2.

s) C. Thomasius de validit. coniugii invit. parent. contracti et per benedict. sacerdotis depositi consummati. Hal. et Lips. 1722. G. L. Boehmer Pr. de copul. sac. a deposito clerico furtim impetrato iniusto favore. Goett. 1745. I. T. Carrach de matrim. ad benedict. sacerd. incompet. contract. Hal. 1747.

t) c. 17. C. 28. q. 1. cap. 7. X. de divort. (4. 19.).

u) I. G. Schloer vindic. legitimor. natal. liberor. e matrim. S. R. I. principum comitumve A. C. addictorum solo mutuo consensu matrim. neglecta omni solenn. eccles. contractis, natorum. Mogunt. 1782. A. M. ist C. H. S. de Gatzert de liberis ex matrim. consc. illegitimis. Giess. 1773.

x) A. M. sind Viele mit H. G. Bauer de matrimonio conscientiae. Lips. 1760. Höpfner Comm. §. 114. not. 4. Allein diese Theorie führt wieder zum Concubinat. S. F. Willenberg de matrim. consc. Gedan. 1719.

y) C. 9. de procur. in 6. (1. 19.).

§. 408.

Sponsalia de praesenti et futuro.

Das ältere Kanonische Recht gestattet auch eine unfeierliche Eingehung der Ehe durch einfache Einwilligung, und nennt diese unschicklich *sponsalia de praesenti*, im Gegensatz derselben aber das, was bloſses Verlöbniſs ist, *sponsalia de futuro*. Eine solche Einwilligung wird angenommen, entweder wenn sie wirklich erklärt ist, oder, vermöge einer unumstöſslichen juristischen Präsumtion, wenn unter bloſs verlobten Personen der Beyschlaf stattgehabt hat z). Nach dem Tridentinischen Concilio soll keine Ehe ohne die in §. 407. gedachte Feierlichkeit bestehen a). Damit ist denn die ganze Lehre von den *sponsalibus de praesenti*, und Alles, was daraus folgt, vernichtet b).

§. 409.

III) Wirkung der Ehehindernisse. Putative Ehe.

Stehen der Ehe vernichtende Hindernisse im Wege, oder sind bey Eingehung derselben die angegebenen Erfodernisse nicht beobachtet, so ist sie schlechterdings nichtig, bringt keine ehelichen Wirkungen hervor, und kann durch die Nichtigkeitsklage angefochten werden c). Nur dann, wenn bey der Existenz eines vernichtenden Ehehindernisses ein Theil, oder beide Theile in gutem Glauben waren, die Ehe aber dennoch wirklich geschlossen wird, welches man eine vermeyntliche Ehe *(matrimonium putativum)* nennt d), findet die Ausnahme Statt, daſs der irrende Theil alle Rechte eines wahren Ehegatten hat, und die Kinder als dessen legitime Kinder behandelt werden; doch muſs er sofort bey Aufklärung des Irrthums die bisherige Verbindung aufheben, oder mit Einstimmung des andern Dispensation nachsuchen e).

z) cap. 22. 30. 31. X. de sponsal. (4. 1.).

a) Conc. Trid. Sess. 24. de ref. matr. c. 1.

b) Vor allen Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1.

c) Schmidt Lehrb. v. d. Klagen und Einr. §. 321—325. Bey den Protestanten ist hier wieder viel Willkühr. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 45.

d) I. N. Hert de matrim. putativo. Giess. 1690. 1728. (op. Vol. 1. T. 1. n. 7.). E. C. Westphal de veris casibus matrim. putat. Hal. 1758. G. Mascov de matr. put. (op. n. 8.). I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 17. §. 34. fgg.

e) L. 57. §. 1. de R. N. (23. 2.) L. 4. C. de incest. nupt. (5. 5.) cap. 8. 11. 14. X. qui fil. sint le-

Wird die letzte nicht ertheilt, so kann natürlich jeder Theil seine Güter zurücknehmen f). Erfolgt übrigens die Dispensation, so halten katholische Rechtslehrer eine neue Schliefsung der Ehe für nothwendig g).

§. 410.

Dispensation. Die, aus vernichtenden Ehehindernissen entstehende Ungültigkeit der Ehe kann abgewandt werden, wenn vor Eingehung derselben die Parteyen sich Dispensation zu verschaffen wissen h). Nur die höchste geistliche Gewalt kann von geistlichen, die weltliche von weltlichen Hindernissen dispensiren, und zwar müssen beide handeln, wenn die weltliche und geistliche Gesetzgebung zugleich Eheverbote enthalten i). Bey den Katholiken dispensirt der Papst, mit Ausnahme der, den Bischöfen übertragenen Fälle k), bey den Protestanten der weltliche Regent, oder das Consistorium, welches unter einem Regenten steht, und die ganze geistliche Gerichtsbarkeit erhalten hat l). Sind die Parteyen verschiedener Religion, so mufs jede ihre geistliche Obrigkeit angehen m). Von welchen Hindernissen übrigens Dispensation ertheilt werden könne? ist sehr streitig. Dafs sie gegen menschliche Gesetze unbedingt erlaubt sey, ist ausgemacht. In Betreff der Mosaischen Eheverbote läfst das katholische Kirchenrecht die Dispensabilität zu, ohne jedoch in der Praxis sehr liberal zu seyn n). Die Protestanten dagegen sind desto unceiniger. Verschiedene halten hier die Dispensation für unbedingt erlaubt o), Andre nur in den, durch Moses nicht namentlich ausge-

git. (4. 17.) cap. 9. X. de sponsal. (4. 1.). Mascov a. a. O. A. M. ist Hert l. c. §. 37.

f) L. 3. C. solut. matr. (5. 18.). Hert l. c. §. 26.

g) Schott §. 137. not. 1. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 43.

h) I. I. Schoepfer D. de dispensat. matrimoniali. Rost. 1718. G. Beyer de dispensat. circa matrim. ed. 2. Lips. 1720. In Betreff der Römischen Verfassung: Dirksen civil. Abh. 1. B. S. 209. fgg.

i) Schott §. 135.

k) Riegger inst. iur. eccl. §. 137. M. Kreslinger D. sistens theor. et prax. impetrandi dispensat. quoad impedim. matr. in curia Roman. quam episcopal. Engolst. 1710.

l) I. H. Boehmer de sublimi princ. ac stat. Imp. dispens. iure in causs. tam sacr. quam profanis. Hal. 1722. Ayrer de iure dispens. circa connub. Goett. 1772. G. L. Boehmer princ. iur. canon. §. 399.

m) Schott §. 134. not. 3.

n) Conc. Trid. Sess. 24. de Reform. matr. c. 3. 5.

o) Dabelow Eher. §. 78.

drückten Fällen p), und noch Andre wenigstens in den Fällen, da, wie man sich ausdrückt, das Mosaische Verbot keine natürliche Schändlichkeit verhindern soll q). Im Grunde ist die Frage, bey der bürgerlichen Gewalt des Regenten, nur moralisch, und man sollte juristisch der Willkühr desselben Alles überlassen, wenn es auch christlich sehr schwer seyn möchte, den Buchstaben zu erweitern oder zu beschränken.

§. 411.

IV) Ueber Sponsalien.

Der Schliefsung der Ehe pflegt ein Vertrag vorherzugehen, wodurch sich beide Theile zur künftigen Eingehung der Ehe verpflichten. Dieser heifst Verlöbnifs *(sponsalia, sponsalia de futuro)*, und unterscheidet sich als vorbereitender Vertrag wesentlich von dem Ehevertrage r).

§. 412.

Wer kann sie schliefsen?

Personen, welche keine Ehe mit einander eingehen können, es sey überhaupt, oder unter gewissen Beschränkungen, können auch überhaupt kein Verlöbnifs schliefsen, oder nur unter den gesetzten Beschränkungen; und alle, nicht namentlich auf die Ehe allein bezogenen aufschiebenden und vernichtenden Ehehindernisse (wie das Aufgebot) machen das eingegangene Verlöbnifs völlig ungültig s). Sind indefs Ehehindernisse von der Art, dafs sie nur für eine gewisse Zeit gelten, so steht dem Verlöbnifs nichts im Wege, wenn nur die Eingehung der Ehe über jene Zeit hinausgesetzt wird t); doch macht das §. 397. erwähnte Verbot eine

p) G. L. Boehmer l. c. §. 398.

q) Michaelis Mos. R. 2. Thl. §. 101. 102. 115. Bedenk. über die Fr., ob die Ehe mit des Bruders Wittwe erlaubt sey? Gött. 1752. 8. E. L. Nitsch Vers. über die Ungült. des Mosaischen Gesetzes und den Rechtsgrund der Eheverbote. Wittenb. u. Zerbst. 1800. 8. S. 96. fgg. Schlegel a. a. O. S. 111—130.

r) L. 1. de sponsal. (23. 1.) c. 3. C. 30. q. 5. cap. 2. X. de sponsal. (4. 1.). I. S. Stryk de natura sponsal. et eor. divis. Hal. 1710. Brower de iure connub. L. 1. G. R. Koeselisius sponsalia a variis doctor. erroribus vindicata. Lips. 1732. D'Avezan Tr. de sponsalibus (in Meermann Thes. T. 4.).

s) L. 60. §. 5. de R. N. (23. 2.) L. 8. de sponsal. (23. 1.) cap. 25. X. de iureiur. (2. 24.) L. 7. 12. 14. 20. C. de nupt. (5. 4.) C. 1. 3. 4. C. 30. qu. 5.

t) L. 10. §. 1. de his qui not. infam. (3. 2.) L. 14. de sponsal. (23. 1.). I. E. L. Püttmann de sponsal. intra tempus luctus initis. Lips. 1774.

Ausnahme [u]). Auch ist hier die Abweichung, daſs Unmündige, welche die Kindheit zurückgelegt haben, sich mit Einwilligung ihrer Vorgesetzten verloben, jedoch aber nach erlangter Mündigkeit willkührlich davon abgehen können, es sey denn, daſs ein Beyschlaf stattgehabt hätte [x]). Nach Aufhebung der *sponsal. de praesenti* (§. 408.) sollte man die letzte Einschränkung ganz fallen lassen [y]), so wie die unjuristische Behauptung, daſs ein, wegen mangelnder Einwilligung des Vaters, oder aus andern Gründen nichtiges Verlöbniſs durch den Beyschlaf gültig werde [z]).

§. 413.

Wie sind sie zu schlieſsen?

In Ansehung der Art der Eingehung stehen die Verlöbnisse nach gemeinem Rechte ganz unter den allgemeinen Grundsätzen von Verträgen, und können daher sowohl in eigner Person, als durch einen Bevollmächtigten, mündlich oder in Briefen, ausdrücklich, stillschweigend und implicite, also auch durch ein Ja-Wort, wenn dieſs nicht namentlich nur zum Zeichen künftig abzuschlieſsender Sponsalien ertheilt ist [a]), geschlossen werden [b]); doch setzt natürlich auch die stillschweigende Verlobung concludente Handlungen voraus, wohin an sich ein Kuſs, oder die bloſse Uebergabe eines Ringes nicht mit Vielen gerechnet werden kann [c]). Furcht, Betrug und Irrthum wirken hier eben so, wie bey der Ehe [d]). Auch in Betreff bedingter Verlöbnisse finden sich keine, von allgemeinen Grundsätzen abweichende Bestimmungen [e]), die einzige abgerechnet, daſs dem Zweck der Ehe widerstreitende, für die Ehe

u) L. 60. §. 5. de R. N. (23. 2.).

x) c. 4. 5. 7. 8. X. de despons. impub. (4. 2.) cap. un. eod. in 6. (4. 2.) cap. 29. X. de sponsal. (4. 1.).

y) Schott §. 146. not. 2.

z) Dabelow §. 98. A. M. ist I. G. Bauer de concubitu matrimonii perfectione ante cop. sacerdotal. Lips. 1725.

a) B. Wernher de obligat. ex pacto sponsalitio. Wittenb. 1726. A. M. ist C. Thomasius de pactis futuror. sponsal. Hal. 1712. C. A. Gottschald de sponsionibus sponsionum s. vom Ja-wort. Lips. 1792. Glück Erl. d. Pand. 22. B. S. 385—390.

b) L. ult. de sponsal. (23. 1.) cap. 7. 23. 25. X. de sponsal. (4. 1.) cap. ult. de procur. in 6. (1. 19.).

c) P. Müller de annulo pronubo. Jen. 1684. F. A. Junius de annulo Romanor. pronubo. Lips. 1746.

d) L. 11. 12. 13. h. t. (23. 1.) cap. 6. 13. 28. X. de sponsal. (4. 1.) cap. 11. X. de despons. impub. (4. 2.).

e) Schott Eher. §. 153.

als auflösend festgesetzte Bedingungen das Verlöbnifs selbst vernichten f). Unmögliche Suspensiv-Bedingungen werden also hier keineswegs, wie bey der Ehe, als nicht hinzugefügt angesehen g). Auch ist es jetzt erlaubt, für die Eingehung der Ehe sich Etwas zu seinem eignen Vortheil zu bedingen h).

§. 414.

Publica, clandestina.

Förmlichkeiten sind nach gemeinem Recht bey Abschliefsung des Verlöbnisses nicht nothwendig; Deutsche Statute erfodern aber oft dergleichen, z. B. die Erklärung vor Zeugen i). Solche förmliche Verlöbnisse nennt man *publica*; die hingegen, welche nicht in der statutarischen Form abgeschlossen sind, *clandestina* k). Man bezeichnet aber auch oft durch den ersten Ausdruck die, mit Einwilligung der Aeltern, durch den letzten die, heimlich ohne dieselbe eingegangenen Verlöbnisse l). Es hängt jedoch von der Willkühr der Parteyen ab, da, wo keine Form vorgeschrieben ist, über die blofse Einwilligung hinauszugehen m), wohin der Fall gehört, wenn sie sich einen Mahlschatz (*arrha* §. 143. 144.) geben, welches bey uns gewöhnlich ein Ring ist n).

§. 415.

Was wirken sie.?

Aus Verlöbnissen entstehen nach Römischem Recht keine Zwangsverbindlichkeiten o); nach der heutigen Praxis aber gestattet man eine Klage auf Erfüllung derselben p). Die, daraus ent-

f) arg. cap. ult. X. de condit. appos. (4. 5.). Viele verwerfen den Schlufs aus dieser Decretale. Glück Erl. d. Pand. 23. B. S. 1—16.

g) Stryk Diss. cit. cap. 3. §. 8. Voet L. 23. T. 1. §. 8. A. M. sind Durani de cond. et mod. imposs. P. 4. c. 6. n. 42. C. G. Vinhold de favore iuris circa modum contrahendi sponsalia. Lips. 1734. §. 51. Lauterbach coll. L. 23. T. 1. §. 15. 16. 38.

h) L. 97. §. 2. de V. O. (45. 1.) vergl. mit cap. 3. X. de cond. appos. (4. 5.). Stryk l. c. §. 6. Lauterbach l. c. §. 17.

i) C. M. Müller de sponsalib. sine testib. contr. Rost. 1701.

k) I. T. Reinharth de distinct. sponsal. in publica et clandestina. Erf. 1729.

l) Hofacker princ. T. 1. §. 388.

m) L. 17. C. de fide instrum. (4. 21.).

n) L. 3. 5. C. de sponsal. (5. 1.).

o) L. 1. C. de sponsal. (5. 1.).

p) Schott §. 151. not. 2. Leyser Sp. 293. m. 1. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1. §. 50. fgg. I. C. Winkler quaenam actio a desponsato ad matrim. consumm. institui possit. Goett. 1784.

springenden negativen Verbindlichkeiten sind wechselseitige Treue, und die Verpflichtung, nichts vorzunehmen, was die Eingehung der Ehe hindert q). Die positiven Wirkungen bestehen hauptsächlich darin, daſs auf Eingehung der Ehe gedrungen werden kann, und zwar bey unbedingten Verlöbnissen binnen einer, nach Billigkeit anzusetzenden Frist r); bey bedingten nach der Existenz der Bedingung, wenn nicht die Erfüllung bloſs von der Willkühr des Verlobten abhängen s), der Bedingung ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Beyschlaf, entsagt t), oder die Erfüllung willkührlich verhindert seyn sollte u), in welchen Fällen das Verlöbniſs als purificirt zu betrachten ist. Die, unten zu erwähnenden Wirkungen der Ehe haben jedoch Verlöbnisse nicht, wenige Fälle ausgenommen x).

§. 416.

Fortsetzung. Einen absoluten Zwang zur Eingehung der Ehe gestattet man inzwischen nicht, sondern man begnügt sich, wenn gelinde Versuche nicht helfen wollen, mit einer Verurtheilung in die Unkosten und zur Entschädigung y). Nur dann hält die Praxis den absoluten Zwang für zulässig, wenn der Widerspännstige unvermögend ist, Entschädigung zu leisten, oder wenn nach dem Beyschlaf der Bräutigam die Ehe nicht eingehen will z). Allein weit zweckmäſsiger ist es, unter

q) cap. un. de sponsal. in 6. (4. 1.). E. G. C. Klügel de fide sponsalitia. Viteb. 1782. I. M. Schneidt medit. circ. obl. ex sponsal. Wurc. 1787.

r) W. H. Brückner Pr. de obligat. sponsal. ad matrimon. rite ineund. Ien. 1721.

s) L. 137. §. 2. de V. O. (45. 1.).

t) cap. 6. X. de condit. appos. (4. 5.). Voet L. 22. T. 1. §. 6.

u) L. 85. §. 7. de V. O. (45. 1.) L. 161. de R. I. (50. 17.).

x) Nämlich in Betreff des Zeugnisses der Brautleute, der Veräuſserung der Brautgabe, der persönlichen Privilegien im Concurse, und der, der Braut zugefügten Injurien. L. 5. de testibus (22. 5.) L. 4. de fund. dotali (23. 5.) L. 17. §. 1. de reb. auct. iudic. (42. 5.) L. 15. §. 24. de iniur. (47. 10.). I. H. Boehmer de diverso sponsal. et matrim. iure. Hal. 1718. (Exerc. T. 4.). I. H. Sibrand de different. int. spons. et uxor. Rost. 1723.

y) Mevius B. III. Dec. 332. 333. Genauer über die Entschädigungen handelt Glück Erl. d. Pand. 28. B. S. 147—183. Die Einräumung der (an sich ungewissen) portio statutaria kann dahin auf keinen Fall gehören; doch sind Viele a. M. Gottschalk disc. for. T. 3. c. 8.

z) Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1. §. 55. 56. Hellfeld iurispr. for. §. 1202. Noch mehr Fälle hat Malblanc princ. §. 613.

Verwerfung jedes absoluten Zwanges, bloſs auf eine Strafe, und, wenn es möglich ist, auf Satisfaction zu sprechen, und dem unehelichen Kinde die Rechte eines ehelichen beyzulegen a).

§. 417.

Collision mehrerer Verlöbnisse. Die Strafe der Infamie, an deren Stelle das Kanonische Recht die Kirchenbuſse gesetzt hat, trifft Jeden, welcher mehrere gültige Sponsalien nach einander schlieſst b). Ungültige Verlöbnisse sind juristisch als nicht vorhanden anzusehen. Hieraus folgen in Betreff der Collision der Sponsalien die Regeln; a) daſs unter mehreren ungültigen Verlöbnissen keins auf einen Vorrang, und rechtliche Wirkungen Anspruch machen kann c); b) daſs das gültige dem ungültigen vorgeht d); hingegen c) unter mehreren gültigen das älteste, gesetzt auch, es sollte das ältere bedingt, das jüngere unbedingt seyn e).

§. 418.

Bestärkungsmittel. Die, aus Sponsalien entspringende Verbindlichkeit kann durch die gewöhnlichen Bestärkungsmittel (§. 112—115.) vermehrt werden, nämlich durch den Eid f), und durch Conventional-Strafen. Bey den Römern konnten, wegen Unverbindlichkeit der Verlöbnisse, weder durch den ersten, noch die letzten neue Wirkungen hervorgebracht werden g); da sich aber jetzt das Haupt-Princip geändert hat, und die Grundsätze des Kanonischen Rechts über den Eid vom Römischen so sehr abweichen: so hat jetzt bey Verlöbnissen der Eid alle Wirkungen, welche ihm überhaupt das

a) Schott §. 151.

b) L. 1. in fin. de his qui not. infam. (3. 2.) cap. 1. 31. X. de sponsal. (4. 1.). Schott §. 152. not. 3.

c) Lauterbach coll. L. 23. T. 1. §. 51. S. Stryk de concursu sponsal. Frankf. 1681.

d) also wo Statute Solennitäten zu Requisiten gemacht haben, die publica den privatis. Schott §. 148.

e) c. 15. 22. 30. 31. X. de sponsal. (4. 1.). A. M. ist Hopp Comm. ad pr. I. de nupt. p. 85. aber bloſs wegen der alten Vermengung der sponsal. de praesenti mit sponsal. puris.

f) I. B. Wernher de vi et efficacia iuram. in confirm. matrim. Viteb. 1716. I. F. Kees de iurisiur. sponsal. adiecti efficacia. Lips. 1776.

g) L. 71. §. 1. de cond. et demonstr. (35. 1.) L. 134. pr. de V. O. (45. 1.) L. 5. in fin. C. de sponsal. (5. 1.). Hellfeld de effectu poenae convent. sponsal. adiectae. Ienae 1760. (op. T. 1.).

Kanonische Recht beylegt, d. h. er ergänzt alle bloſs bürgerlichen Mängel unter den Contrahenten h), ohne jedoch ein absolutes Zwangsrecht zu begründen i); und das Versprechen einer Conventional-Strafe ist als gültig zu betrachten k), ausgenommen, wo das Verlöbniſs selbst nichtig ist l). Der, einem jüngeren Verlöbnisse hinzugefügte Eid hebt aber natürlich eben so wenig ein gültiges älteres auf m), als der, jenem hinzugekommene Beyschlaf, welcher überhaupt (nach §. 408. 416.) die Verbindlichkeit der Verlöbnisse nicht verstärkt, sondern nur die Entschädigungsfoderungen vermehrt n).

§. 419.

Aufhebung der Verlöbnisse. Verlöbnisse erlöschen und werden aufgehoben 1) durch den Tod, 2) durch den Richter von Amtswegen, wenn nach Eingehung derselben öffentliche Ehehindernisse (z. B. *affinitas superveniens*) eintreten, jedoch unter Vorbehalt einer nachzusuchenden Dispensation o). 3) Durch freyen Willen der Parteyen (*repudium*). Geschieht dieſs A) mit Einwilligung beider Theile (*repudium voluntarium*), so ist es unbedingt erlaubt, selbst ohne Zustimmung der geistlichen Obrigkeit p), obgleich diese das Recht hat, einen Versuch zur Aussöhnung zu machen q). Geschieht es aber B) einseitig (*repudium necessarium*), so ist es, wegen Unzulässigkeit des absoluten Zwanges, gleichfalls in allen Fällen erlaubt; damit jedoch der willkührlich Abtretende ein Recht zur Anstellung der Repudienklage habe, und nicht als Widerspännstiger behandelt werde, müssen gerechte Repudienursachen vorhanden seyn r). Dahin gehört a) der Fall, wenn indis-

h) A. M. ist W. H. Brückner de clandestinis sponsal. iuratis. Ien. 1697. §. 12. §. 34. fgg.

i) cap. 10. X. de sponsal. (4. 1.).

k) I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 1. §. 129. 130. Weber über nat. Verb. §. 84. Müller ad Leyser Obs. 516. Glück Erl. d. Pand. 28. B. S. 83—90.

l) cap. 29. X. de sponsal. et matrim. (4. 1.).

m) cap. 25. 28. X. de iureiur. (2. 24.).

n) I. H. Boehmer l. c. §. 66.

o) c. 2. 7. 8. 9. X. de eo qui cognov. consang. uxoris (4. 13.). Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 38.

p) G. F. Deilin de mutuo dissens. sponsalit. solo absque consist. cognit. et auctorit. valido et efficaci. Alt. 1708. Viele sind a. M. mit Leyser Sp. 295. m. 1.

q) cap. 2. X. de sponsal. (4. 1.).

r) I. H. Boehmer de probat. repudior. causs. und I. E. P. L. 4. T. 1. §. 146. fgg. Leyser Sp.

pensable Ehehindernisse eingetreten sind s). b) Nach der gemeinen Meynung, wenn bey dem andern die Umstände sich so ändern, daſs der, welcher die Aufhebung des Verlöbnisses verlangt, dasselbe gewiſs nicht würde eingegangen seyn, wenn er diese Umstände vorhergesehen hätte t). Allein die ganze Regel ist unjuristisch u). Nur das läſst sich behaupten, daſs es eine gültige Repudienursache ist, wenn der andere Verlobte sich eine Untreue, oder solche unvernünftige und unerlaubte Handlungen zu Schulden kommen läſst, welche eine unglückliche Ehe wahrscheinlich machen x); wohin auch der Fall gehört, wenn bey unbedingten Verlöbnissen der, in derselben Provinz anwesende Bräutigam die Braut zwey Jahre warten läſst y). Endlich können c) Minderjährige als solche aus zureichenden Gründen dagegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen z).

§. 420.

Wirkungen der Aufhebung.

Die Wirkung der aufgehobenen Verlöbnisse besteht darin: A) daſs der, welcher willkührlich davon abgeht, die versprochene Strafe erlegen, und nach Umständen Satisfaction leisten muſs. B) Aeuſsert sich dieselbe in Betreff des **Mahlschatzes**, und der, von den Verlobten einander gemachten sogenannten **Brautgeschenke** (*sponsalitia largitas*). In Rücksicht derselben ist überhaupt so zu unterscheiden: a) die Ehe folgt wirklich auf das Verlöbniſs: dann behält der Empfänger das Brautgeschenk, und nach Deutschen Sitten (wider die Gesetze §. 144.) auch den Mahlschatz a). b) Das Verlöbniſs wird getrennt. Geschieht dieſs dann ohne ausschlieſsliche Schuld eines Theiles,

295. 296. 520. Pufendorf T. 1. Obs. 162. T. 3. Obs. 166. T. 4. Obs. 27.

s) cap. 4. X. de sponsal. (4. 1.).

t) Hellfeld iur. for. §. 1203. Schott §. 155. Dabelow §. 118.

u) S. oben §. 201.

x) L. 5. C. de sponsal. (5. 1.) cap. 5. 27. X. eod. (4. 1.). Also nicht bloſse Veränderung der Vermögensumstände. I. Carmon de repudio propter errorem bonorum fortunae. Rost. 1733.

y) L. 2. C. de sponsal. (5. 1.). C. H. Berger de praescript. sponsal. Vit. 1719.

z) I. H. Boehmer de rest. in int. contra sponsal. pura minor. Hal. 1722. vergl. mit Leyser Sp. 295. m. 8.

a) L. 7. 8. 9. 10. 12. 13. C. de donat. ante nupt. (5. 3.). Lauterbach de arrha §. 33. Idem Colleg. th. pr. Lib. 23. T. 1. §. 25. 26. T. 3. §. 42. 43.

so erhält jeder Theil, oder dessen Erbe [b]), das von ihm Gegebene zurück; doch kann, wenn der Tod das Verlöbnifs aufhebt, die Braut, sofern sie geküfst seyn sollte, die Hälfte der Brautgeschenke zurückbehalten. Ist hingegen der eine Theil an der Trennung Schuld, so behält der Unschuldige das Empfangene, und kann das Gegebene zurückfodern, und zwar, wenn er einen Mahlschatz gegeben, aber keinen empfangen hat, das Doppelte, welche Strafe nur der minderjährigen Braut erlassen ist [c]). Viele gestatten jedoch jetzt (vermöge §. 67.) die Klage auf das Doppelte nicht mehr [d]).

§. 421.

Ueber Freywerber. Bey Verlobungen können auch Freywerber gebraucht werden. Ist einem solchen für seine Mühe ein Honorar versprochen, so kann er die bestimmte Summe, oder, wenn darüber nichts ausgemacht ist, ein, durch richterliches Ermessen auszumittelndes Quantum fodern [e]). Nach einem unglossirten Gesetz soll die Summe nie $\frac{1}{20}$ des Brautschatzes übersteigen [f]).

Zweyte Unterabtheilung.

Ueber die Aufhebung und Wiederherstellung der Ehe.

§. 422.

I) Aufhebung der Ehe; 1) ipso iure. Die Ehe ist entweder gleich Anfangs nichtig, oder wird es in der Folge [g]). Die Gründe der Nichtigkeit sind bereits in der vorigen Abtheilung angegeben. Was die in der Folge eintretende Ungültigkeit betrifft, so kann diefs entweder *ipso iure* geschehen, oder mittelst einer, auf Verlangen zu erkennen-

b) L. 3. C. de sponsal. (5. 1.). E. C. Tenzel de restitut. arrhae et sponsal. largit. morte sponsi vel sponsae interveniente. Erf. 1730. C. L. Crell de arrha sponsae hered. restituenda. Vit. 1753.

c) L. 5. C. de sponsal. (5. 1.) L. 15. 16. C. de donat. ante nupt. (5. 3.). Bardili de sponsalit. largit. Tub. 1675. C. U. Grupen C. de donat. ante nupt. Frkf. et Lips. 1741.

d) Dabelow §. 102.

e) L. 1. 3. de proxenet. (50. 14.). Lauterbach l. c. §. 44.

f) L. 6. C. de sponsal. (5. 1.). Leyser Sp. 682. m. 6. 7.

g) I. A. Apel de causs. matrim. annullandis. Diss. I. II. Lips. 1798. 1799.

den Ehescheidung. Das Erste trit nur in zwey Fällen ein, nämlich a) wenn ein Ehegatte natürlich oder bürgerlich stirbt; und b) bey den Katholiken, nicht aber bey den Protestanten, wenn ein Ehegatte vor vollbrachtem Beyschlaf ein feierliches Gelübde der Keuschheit ablegt [h]).

§. 423.

2) Ehescheidung. Römisches Recht.

In Betreff der Ehescheidung *(divortium)* weichen das Römische und Kanonische Recht, und die Praxis der Protestanten sehr von einander ab [i]). Das erste enthält folgende Grundsätze: a) willkührlich mit Einwilligung beider Theile *(divortium bona gratia* [k]) kann die Ehe nicht mehr aufgehoben werden [l]); soll es aber b) einseitig geschehen, so ist diefs zwar erlaubt, doch müssen dazu gesetzliche Ursachen vorhanden seyn, ohne dafs jedoch dann die Zustimmung einer geistlichen Obrigkeit nöthig ist. Die Ursachen können nun liegen entweder in einer gewissen Unfähigkeit *), oder in Vergehen des einen Gatten *(divortium ob indignationem)*. In der letzten Hinsicht darf der Mann die Ehe aus sechs Ursachen aufheben, nämlich: wenn die Frau ohne sein Wissen wider den Staat conspirirt; wenn sie Ehebruch getrieben; dem Mann nach dem Leben gestanden, oder gefährliche Nachstellungen nicht abgewandt; wenn sie sich heimlich aus dem Hause entfernt; eigenmächtig öffentlichen Schauspielen beygewohnt; mit Männern Zusammenkünfte gehalten, oder mit ihnen gebadet hat. Die Frau hingegen aus folgenden Gründen: wenn der Mann wider den Staat

h) c. 2. 7. 14. X. de convers. coniug. (3. 32.). Conc. Tr. Sess. 24. de sacram. matr. c. 6. Schnaubert Beytr. 1. Thl. nr. 1. §. 5.

i) G. A. Struv de iure divortior. Ien. 1678. H. Bodinus de erroribus circa divortia. Hal. 1711. Controversiae circa iura divortiorum etc. Ed. 3. Hal. 1737. G. A. Marche historia iur. civ. de divort. Lips. 1764. F. Popp über Ehescheidung. Amberg und Sulzbach. 1800. 8. K. Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. Stuttg. 1824.

k) Der Ausdruck divortium bona gratia geht verzugsweise auf die vertragsmäfsige Scheidung, aber doch auch auf die einseitige wegen Unfähigkeit. L. 6. 62. pr. de donatt. int. V. et U. (24. 1.) L. 4. §. 4. qui et a quib. man. (40. 9.) L. un. §. 13. C. de rei ux. act. (5. 13.) L. 9. C. de repud. (5. 17.) Nov. 22. c. 4.

l) Nov. 134. c. 11. pr. Es wird zwar Nov. 140. gewöhnlich für das Gegentheil angeführt. Allein sie ist von Justinians Nachfolger, und nicht glossirt.

*) Nov. 22. c. 5—7.

conspirirt, oder Conspirationen Anderer verschwiegen; wenn er ihr nach dem Leben gestanden, oder sie nicht gegen Anschläge Anderer geschützt; wenn er sie Andern zu verkuppeln gesucht; wenn er sie fälschlich des Ehebruchs angeklagt hat; endlich wenn er ungeachtet zweymaliger Warnung nicht von vertrautem Umgange mit andern Weibern abgestanden ist m).

§. 424.

Kanonisches Recht.

Wegen des Lehrsatzes vom Sacrament der Ehe erklärt das Kanonische Recht die Ehe in ihrem rechtlichen Wesen *(quoad vinculum)* für unauflöslich n). Aus wichtigen Gründen darf jedoch die geistliche Obrigkeit auf eine, nur die Verpflichtung zum Beyschlaf und zum gemeinsamen Leben aufhebende o) Scheidung von Tisch und Bett *(separatio quoad thorum et mensam)* erkennen p), und zwar auf eine beständige *(perpetua)*, oder nur zeitige *(temporaria)*, je nachdem die Umstände sind. Auf die erste ist besonders im Fall eines Ehebruchs zu erkennen q). Wird durch den Ehebruch eine Schwägerschaft mit dem unschuldigen Ehegatten erzeugt *(affinitas superveniens)*, so soll der Richter die Ehegatten vom Beyschlaf abrathen. Ist diefs fruchtlos, so kann nur der Unschuldige, nicht der Schuldige den Beyschlaf rechtlich fodern *(matrimonium claudicans)* r). Streitig ist jedoch die, allerdings zu bejahende Frage, ob die Ehe getrennt werden darf, wenn von ungläubigen Ehegatten der eine zum Christenthum übergeht, und der andere die Ehe aufgibt s)?

§. 425.

Theorie der Protestanten.

Mit dem Begriff des Sacraments sind alle jene Sätze des Kanonischen Rechts für die

m) Nov. 117. cap. 8—14.

n) Conc. Trid. Sess. 24. de reform. matr. c. 7. P. Gallade insolubile vinculum matrimonii. Heidelb. 1758. I. L. Hug de coniugii christiani vinculo indissolubili. Freyburg 1816. Glück Erl. d. Pand. 26. B. S. 346—400.

o) cap. 2. X. de divort. (4. 19.).

p) Conc. Trid. l. c. c. 8. cap. 2. X. cit. cap. 2. X. de praescr. (2. 26.).

q) c. 1. 4. 7. 10. 28. C. 32. q. 7. cap. 12. X. de praesumt. (2. 23.).

r) cap. 4. 6. 11. X. de eo qui cognov. consang. uxor. (4. 13.). I. H. Boehmer I. E. P. L. 4. T. 14. §. 41.

s) 1. Corinther 7. v. 12. 13. 15. can. 2. causs. 28. qu. 2. cap. 7. X. de divort. (4. 19.). Glück Erl. d. Pand. 26. B. S. 392—394.

Protestanten als aufgehoben anzusehen. Allein welches sind ihre Rechts-Normen? Das Evangelium gestattet keine willkührliche vertragsmäſsige, und eine einseitige Privat-Scheidung höchstens nur wegen Ehebruchs und böslicher Verlassung t). Sieht man diese Vorschriften (nach §. 11. christlich inconsequent) als für den Richter unverbindliche moralische Lehren u) an, so haben die Protestanten hier nichts, als das Römische Recht. Legt man sie hingegen als Rechts-Normen zum Grunde, so frägt sich weiter: soll man bey dem Buchstaben stehen bleiben, oder darf man sich eine logische Ausdehnung erlauben? Die, durch die Achtung der Protestanten für ihre, im Nothfall der Bibel übergeordnete Vernunft, und Angewöhnen an das Kanonische Recht ausgebildete Praxis hat in Deutschland folgendes System durchgesetzt: 1) ohne Zustimmung der geistlichen Obrigkeit wird keine Ehe getrennt x). 2) Willkührliche vertragsmäſsige Scheidungen sind unerlaubt; doch wird aus wichtigen Gründen darauf erkannt. Als solche ist aber nicht allein Ehebruch und bösliche Verlassung anzusehen, sondern Alles, was denselben gleich ist, z. B. Sodomie, Lebensnachstellungen, tödtliche Feindschaft, absolute Verweigerung des Beyschlafs, oder verkehrte Bewirkung desselben, u. s. w. Die Unfestigkeit des Princips läſst hier jedoch natürlich keine Uebereinstimmung in Betreff aller einzelnen Fälle erwarten y). Sind endlich 3) die, unter Ehegatten stattfindenden Miſshelligkeiten von der Art, daſs sie die Hoffnung einer Versöhnung nicht ausschlieſsen, so wird auf eine zeitige Trennung von Tisch und Bett erkannt, welcher, nach fehlgeschlagener Hoffnung, die wahre Ehescheidung zu folgen pflegt z).

§. 426.

Ausnahmen. Was man überhaupt als Ehescheidungsursache gelten läſst, kann ausnahmsweise in einigen Fäl-

t) Matth. 5. v. 32. 19. v. 9. 1. Corinth. 7. 5.

u) Mit Popp a. a. O. 1—3. Abh.

x) Wernher P. 5. Obs. 24.

y) Vergl. z. B. Hellfeld iur. for. §. 1268. Schott §. 222. 223. Boehmer princ. iur. can. §. 408. Hofacker princ. T. 1. §. 403. Dabelow §. 284. Malblanc princ. §. 641. Glück a. a. O. S. 400—434. 440—479. Gratama opusc. acad. Groening. 1821. nr. 9.

z) Boehmer I. E. P. L. 4. T. 19. §. 49. D. H. Hasenstein de separat. a thoro et mensa. Ien. 1774.

len nicht zur Begründung der Ehescheidungsklage gebraucht werden, nämlich wenn der schuldige Theil von dem andern zu der unerlaubten That gereizt ist, oder wenn der Unschuldige demselben ausdrücklich, oder stillschweigend verziehen hat a).

§. 427.

Im Fall verschiedener Religion.

Sind Eheleute verschiedener Religion, so kommen die Religions-Grundsätze eines jeden zur Anwendung. Der Katholik kann also gegen den Protestanten nicht auf Scheidung, sondern nur auf Trennung von Tisch und Bett klagen, und die, vom protestantischen Richter erkannte Ehescheidung befreyt den Katholischen Ehegatten nicht b).

§. 428.

Ehescheidungsklage.

Um die Ehescheidungsklage durchzusetzen, muſs der klagende Theil das Daseyn der angeführten Ursache erweisen, es sey nun direct, oder durch Beybringung solcher Thatumstände, worauf die Gesetze zu Gunsten des Klägers eine rechtliche Vermuthung bauen c). Wird wegen böslicher Verlassung geklagt, so muſs diese zuvördert erwiesen, und auf Ladung des Abwesenden angetragen und erkannt werden d). Erscheint er, und will wieder zu dem klagenden Ehegatten zurückkehren, so muſs der letzte sich dieſs gefallen lassen; doch kann er verlangen, daſs der Schuldige

a) Dabelow §. 285. Boehmer princ. iur. can. §. 410. Schott §. 223. Batz Abhandl. S. 222—231. Die, einstweilen fortgesetzte Erfüllung der ehelichen Pflichten kann im Ganzen nicht als Verzeihung gelten. Gesterding Nachforschungen 1. B. S. 374—381. A. M. ist Leyser spec. 260. m. 6.

b) I. C. Estor de divort. praesert. personar. divers. relig. in Germ. Marb. 1747. Schnaubert Beytr. 1. Thl. n. 1. §. 7. 8. A. J. Binterim Sammlung der vornehmsten Schriften über den wichtigen Gegenstand der Ehescheidung im Fall des Ehebruchs. Düsseld. 1807. 1. B. F. S. Feyerlein findet die anderweitige Ehe eines geschiedenen Protestanten mit einer ledigen Katholikin etc. Statt? Frankf. 1815. Für die richtige Ansicht entschied auch ein päpstliches Breve vom 8. Oct. 1803. Glück Erl. d. Pand. 26. B. S. 440—444.

c) cap. 12. X. de praesumt. (2. 23.). Boehmer I. E. P. L. 4. T. 19. §. 28. 29. Ueber den Eidesantrag: Archiv für civilist. Praxis. 2. B. 1. Hft. nr. 3.

d) M. G. Pauli de citatione desertoris non latitantis in caussa divortii rite facienda. Viteb. 1738. Schott §. 221.

sich eidlich vom Verdacht des Ehebruchs reinige [e]). Erscheint aber der Geladene nicht, oder verweigert er die Rückkehr, so erfolgt dann auf Verlangen die Scheidung [f]).

§. 429.

II) Wiederherstellung der Ehe.

Eine getrennte Ehe kann auch wiederhergestellt werden, und zwar, 1) da wir kein Gesetz für das Gegentheil haben, durch ausgewirkte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die stattgehabte Scheidung, wobey dann alle allgemeinen Restitutions-Gründe zulässig sind; 2) durch freywillige Erneuerung der Ehe. Hiebey ist aber Alles zu beobachten, was bey der ersten Eingehung der Ehe beobachtet werden mufste [g]). Ist diefs geschehen, so wird die Ehe im Zweifel ganz so behandelt, als sie vorher bestand [h]).

Dritte Unterabtheilung.

Ueber die rechtlichen Wirkungen der Ehe.

§. 430.

Einleitung.

Die rechtlichen Folgen der Ehe, welche im Ganzen eintreten, auch wenn die Ehe nur einen Augenblick bestanden hat [i]), sind Theils durch die Gesetze bestimmt [*]), Theils können sie durch besondere Vereinbarungen näher modificirt werden. Sowohl in diesem als jenem Fall ist zu untersuchen, was die Ehe in Betreff des Verhältnisses der Ehegatten zu einander, in Rücksicht der Kinder, und in Betreff dritter Personen bewirkt, und zwar während der unangefochten beste-

e) Carpzov L. 2. Def. 209. L. 3. Def. 66. Leyser Sp. 314. m. 4. 5.

f) Carpzov L. 3. Def. 58. Wernher P. 2. Obs. 204.

g) 5. B. M. 24. v. 4. L. 18. de R. N. (23. 2.) L. 7. C. de nupt. (5. 4.). Boehmer I. E. P. L. 4. T. 19. §. 47. Voet L. 24. T. 2. §. 14.

h) L. 40. L. 64. de iure dot. (23. 3.). Ueber manche Beschränkungen s. unten §. 440.

i) H. de Cocceii de matrim. momentario. Frkf. ad V. 1701.

*) Nach §. 36. und L. 65. de iudic. (5. 1.) sollte man hier auf die Gesetze des Orts sehen, wo der Mann bey Eingehung der Ehe sein domicilium hatte. Allein Viele sind a. M. F. W. Tittmann de competentia legum externarum in definiendis potissimum iuribus coniugum. Halae 1822. Glück Erl. d. Pand. 25. B. S. 269 —271.

henden Ehe, während über die Aufhebung der Ehe gestritten wird, und nach Aufhebung derselben?

§. 431.

I) Gesetzliche Folgen 1) in Betreff der Ehegatten unter sich, A) während der Ehe. a) Gemeinschaftliche.

I) Nach gesetzlicher Vorschrift hat die Ehe, was 1) das gegenseitige Verhältniſs der Ehegatten, A) während der Dauer der Ehe betrifft, mancherley Wirkungen, und zwar erzeugt sie a) für beide Theile gemeinschaftlich folgende Verhältnisse. Es können A) beide Theile auf unbedingte eheliche Treue Anspruch machen [k], so wie B) auf Leistung des Beyschlafs *(ius in corpus)*, sofern dadurch die Fortpflanzung nicht gehindert wird [l]. Ueber das Maſs findet sich aber keine Vorschrift in den Gesetzen. C) Können die Ehegatten von einander gemeinschaftliches Beysammenleben, und in Beziehung auf den Haushalt wechselseitige Unterstützung verlangen [m]. D) Unglücksfälle, welche den einen treffen, muſs der andre mit tragen, und kann, wenn sie auch vor der Ehe ein Ehehinderniſs seyn sollten, sofern sie nachher eintreten, die Ehe deſshalb nicht aufheben [n]. Nach dem Obigen erzeugt ferner E) die eheliche Verbindung Affinitäts-Verhältnisse, so wie F) die Verpflichtung des Mannes, seiner Frau die Alimente zu geben, wozu umgekehrt auch die Frau im Nothfall verpflichtet ist [o]. Daher denn auch die, oben (§. 106—108.) erwähnte Wohlthat der Competenz. Viele geben der Frau auch das Recht, aus der Erbmasse des Mannes die Trauerkleider, und die Alimente des Trauerjahrs zu verlangen [p]. Was von Alimenten gesagt ist, gilt gleichfalls G) in eben dem Verhältniſs von der Verpflichtung der Ehegatten, sich beerdigen zu lassen [q]; auch sind sich H) die Ehegatten eine gewisse Achtung schuldig, so daſs sie gegen einander wegen eines, vor und während

k) cap. 4. 6. 11. X. de eo qui cognovit consangu. (4. 13.).

l) c. 3. C. 32. qu. 2. c. 5. C. 33. qu. 5. I. I. Beck von Leistung der ehelichen Pflicht. Nürnb. 1733. 4.

m) §. 1. I. de patr. potest. (1. 9.).

n) L. 22. §. 7. solut. matrim. (24. 3.) c. 18. C. 22. qu. 6. A. M. ist Dabelow §. 284.

o) L. 22. §. 8. l. c. §. 37. I. de act. (4. 6.) L. 29. C. de iure dot. (5. 12.). Schoepf de alimentat. uxorum. Tub. 1743. Voet L. 25. T. 3. §. 8.

p) S. F. Willenberg de oneribus matrim. Gedan. 1702. c. 3. §. 22. 23.

q) L. 28. de religios. (11. 7.). Stryk U. M. eod. Tit. §. 45.

der Ehe begangenen Verbrechens keine *actiones poenales* und *famosas* anstellen können r). Uebrigens können alle jene persönlichen Rechte durch Anrufung des richterlichen Amtes geltend gemacht werden s).

§. 432.

Besonders über Schenkungen unter Ehegatten. Wirkungen.

Besonders wichtig ist 1) die Vorschrift, daſs Schenkungen unter Mann und Frau nicht vollgültig seyn sollen t). Früher waren sie durchaus nichtig u). Unter Sever und Antoninus Caracalla wurden sie durch ein SCt. insofern für gültig erklärt, daſs der Erbe des Schenkers sie nicht widerrufen könne, wenn der Schenker gestorben sey, ohne sie selbst widerrufen zu haben x). Bey dem Leben des Schenkers ist also die Schenkung nichtig y), aber sie convalescirt durch den Tod z). So lange der Schenker lebt, hat zwar der Beschenkte einen, im Ganzen wirksamen Besitz a), die Schenkung einer, für den Schenker usucapionsfähigen Sache gibt aber keinen Verjährungstitel wider den Dritten b), und der Beschenkte muſs die Sache, mit Ausnahme der Zinsen und *fructuum industrialium*, nebst allem Zubehör, welches nicht consumirt ist, herausgeben c). Existirt sie, so kann der Schenker sie von dem Empfänger und jedem dritten Be-

r) L. 2. C. rer. amotar. (5. 21.) L. ult. §. ult. C. de furt. (6. 2.).

s) c. 23. C. 32. qu. 5. cap. 13. X. de rest. spol. (2. 13.).

t) S. Gentilis de donat. int. V. et U. Libri 4. Hanov. 1604. 4. Retes de eod. arg. in Meermann Thes. T. 6.

u) L. 1. h. t. (24. 1.). I. H. Boehmer de statu donat. int. V. et U. antiquo et hodierno. (Exerc. T. 4.). H. I. O. Koenig vicissitud. iur. Rom. circa don. int. V. et U. Hal. 1771.

x) L. 32. §. 2. h. t. (24. 1.). Z. Richter de orat. D. Antonini de don. int. V. et U. confirmandis. Lips. 1759.

y) L. 3. §. 10. eod. L. 10. C. eod. (5. 16.). A. M. ist G. L. Menken de donat. int. V. et U. non ipso iure nullis. Helmst. 1752.

z) L. 25. C. h. t. (5. 16.).

a) L. 1. §. 4. L. 16. de A. v. A. P. (41. 2.) L. 13. §. 1. de her. pet. (5. 3.) L. 1. §. 9. 10. de vi (43. 16.). Meine civil. Abh. S. 337—343. Gegen diese ist wieder: Savigny v. Besitz. 3. Aufl. S. 45—49.

b) L. 1. §. 2. pro donat. (41. 6.). Meine Schr. über Bes. und Verj. 2. Thl. §. 26.

c) L. 15. §. 1. L. 16. L. 17. L. 21. §. 1. h. t. (24. 1.) L. 45. de usur. (22. 1.) L. un. C. si dos constante matr. (5. 19.) Nov. 22. c. 59. Voet L. 24. T. 1. §. 3. Zum Theil a. M. ist Schöman vom Schadensersatz. 2. B. S. 181. 182. Savigny Zeitschr. 3. B. S. 313—315.

sitzer vindiciren d); sonst aber hat er eine blofs persönliche Klage, welche in der Regel nur auf Herausgabe dessen, wodurch der gewesene Besitzer bereichert ist, angestellt werden kann e). Der Schenker, welcher das Gegebene zurückerhält, kann jedoch den, vom Beschenkten damit gemachten Gewinn nicht einklagen f); auch kann er die, mit dem geschenkten Gelde gekaufte Sache nicht als sein Eigenthum vindiciren, wiewohl er, wenn der Beschenkte insolvent wird, die Sache *iure separationis* aus dessen Concurse ziehen kann g).

§. 433.

Bey welchen Personen trit das Verbot ein? Die Vorschrift dieses neueren SCts bezieht sich nur auf Schenkungen wirklicher Ehegatten, welchen putative Ehegatten gleich zu setzen sind h). Eine wissentlich fortgesetzte nichtige Ehe steht der Schenkung nicht im Wege, so wenig als eine gewesene Ehe, oder ein Verlöbnifs; wiewohl hier Fälle eintreten können, da der Fiscus die Schenkung als eine schändliche Gabe dem Empfänger entreifst i). Dagegen werden alle, mit dem schenkenden oder beschenkten Ehegatten durch Einheit der Person verbundenen Familienglieder den Ehegatten selbst gleichgestellt k); doch leidet diefs dann eine Ausnahme, wenn die, ihnen, oder von ihnen gemachte Schenkung in ihr freyes Vermögen, oder aus demselben kam l).

§. 434.

Bey welchen Geschäften? Das Gesetz bezieht sich ferner nur auf Schenkungen, und was zur Bemäntelung

d) L. 31. §. 2. h. t. (24. 1.) L. 27. §. ult. de R. V. (6. 1.).

e) L. 5. §. ult. L. 6. L. 7. pr. §. 1—5. L. 16. L. 29. L. 33. §. 1. L. 37. L. 39. L. 50. §. 1. L. 55. h. t. (24. 1.).

f) L. 28. §. 3. eod.

g) L. 55. eod. Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 364—373.

h) Vermöge §. 400. weil hier kein Gesetz die wirklich putative Ehe in Rücksicht der Schenkungen für unwirksam erklärt. Viele sind jedoch a. M. Allein s. L. 7. C. h. t. (5. 16.).

i) L. 3. §. 1. L. 5. pr. L. 32. §. 27. 28. L. 35. L. 64. L. 65. h. t. (24. 1.).

k) L. 3. §. 2. 5. 6. L. 5. §. 2. L. 32. §. 16. 18. 19. 20. 21. eod. H. G. Ayrer de donat. int. V. et U. Goett. 1768. cap. 1. §. 5. F. C. A. de Trützschler de donat. int. V. et U. per alium facta. Ien. 1771.

l) L. 3. §. 4. eod.

derselben dient m), nicht auf andre Geschäfte n). Ist das Geschäft vermischt, so ist es bis auf die Schenkung nichtig o); doch besteht es ganz, wenn die, dem Ehegatten gemachte Schenkung sich nicht von den übrigen Bestimmungen des Geschäfts trennen läſst p). Im Zweifel wird vermuthet, daſs eine gegebene Sache geschenkt, und (nach der *praesumtio Muciana*) daſs das, was die Frau besitzt, aus dem Vermögen des Mannes gekommen sey q).

§. 435.

In wiefern wird die Schenkung gültig?

Steht die Schenkung als ungültig unter dem Gesetz, so hängt es vom Zufall ab, ob sie gültig werde. Stirbt der Beschenkte vor dem Schenker, so ist sie nichtig r); stirbt hingegen der letzte nicht nach dem ersten, — welches im Zweifel anzunehmen ist, wenn beide zugleich umkommen s) —: so convalescirt sie, und zwar jetzt rückwärts, sofern sie nur, wenn sie 500 Aureos übersteigt, gerichtlich angezeigt ist. Geschah das Letzte nicht, so kann sie durch einen letzten Willen gültig gemacht werden, welcher aber keine rückwirkende Kraft hat t). Das Convalesciren erstreckt sich aber bloſs dahin, daſs der Erbe von dem Beschenkten die Sache nicht abfodern, keineswegs aber auch dahin, daſs der letzte den ersten auf Uebergabe eines bloſs versprochenen Geschenks belangen kann u). Hat übrigens der Schenker die Schenkung ausdrücklich, oder stillschweigend, z. B. durch Veräuſserung oder

m) L. 5. §. 5. L. 7. §. 6. L. 32. §. 24. L. 49. h. t. (24. 1.).

n) S. die vorh. Note, und L. 9. C. h. t. (5. 16.) L. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13.). Richter l. c. §. 15. 16.

o) L. 31. §. 3. h. t. (24. 1.).

p) L. 5. §. 2. h. t.

q) L. 51. eod. L. 6. C. h. t. (5. 16.). Glück Erl. d. Pand. 26. B. S. 216—220.

r) L. 1. §. ult. pro donat. (41. 6.) L. 6. L. 25. C. h. t. (5. 16.).

s) L. 32. §. 14. h. t. (24. 1.).

t) L. 25. C. h. t. (5. 16.).

u) L. 23. L. 32. §. 2. h. t. (24. 1.). Fragm. Vatican. §. 292. Nicht entgegen sind L. 33. §. 2. h. t. (24. 1.) L. 2. C. de dote cauta (5. 15.) L. 35. §. 5. C. de donatt. (8. 54.). Die unglossirte Nov. 162. c. 1. entscheidet hier nichts. Ueber die verschiedenen Ansichten s. Vinnius qu. sel. L. 2. c. 15. Menken Diss. cit. §. 13—29. Huber L. 23. T. 1. §. 5. Bynkershoek Obs. L. 5. c. 18. A. Faber coni. L. 2. c. 8. Voet L. 24. T. 1. §. 5. Weber über d. nat. Verb. §. 89. a. not. 18. Meine civil. Abh. S. 105—107. Glück Erl. d. Pand. 25. B. S. 430—436. 26. B. S. 104—122.

Verpfändung der Sache x), widerrufen, so kann sie dessen Erbe zurückfodern y). Hienach mufs man denn auch behaupten, dafs bey einem Concurs des Schenkers die Concursgläubiger die Schenkung anfechten können, wenn der Concurs beym Leben, nicht aber, wenn er nach dem Tode des Schenkers ausbrach z). Als Nachfolger des verstorbenen Schenkers kann natürlich auch der Fiscus eine unwiderrufene Schenkung nicht anfechten a).

§. 436.

Ausnahmen. Es gibt jedoch mehrere Fälle, da eine Schenkung unter Ehegatten gültig ist, nämlich a) wenn der Beschenkte nicht reicher dadurch wird, wohin jeder Fall gehört, da das Geschenk nicht zum Besten des Beschenkten, sondern eines Andern bestimmt ist, oder sonst das wirkliche Vermögen des Beschenkten nicht vermehrt, wie z. B. eine Grabstätte b). b) Wenn der Schenker selbst an den nützlichen Folgen des Geschenks Theil nimt, z. B. wenn zum Besten des Haushalts, oder zu einer Würde des Mannes etwas gegeben ist c). c) Wenn der Schenker nicht ärmer geworden ist. Gegengeschenke compensiren sich nicht, auch wenn sie consumirt sind; doch kann den Erben des Consumirenden eine Einrede entgegengesetzt werden d). Als ärmer geworden wird der Schenker auch nicht angesehen, wenn er Etwas weggibt, was er nicht verjähren konnte e), oder einen ihm angetragenen Gewinn verschenkt f). Man hat dahin auch den Fall gezogen, wenn er vor der Zeit eine Schuld bezahlt, oder ein Pfand erläfst g). d) Wenn das Geschenk juristisch nothwendig ist, z. B. nur zum Unterhalt und zur Bequemlichkeit des Beschenkten gereicht, wie eine nicht übermäfsige Quantität von Früchten, Dienste eines

x) L. 32. §. 3. 5. l. c. L. 12. C. h. t. (5. 16.). Gentilis l. c. cap. 13. 14. 15. Die in Betreff der Verpfändung entgegenstehende Nov. 162. c. 1. §. 1. ist unglossirt. Lauterbach coll. L. 24. T. 1. §. 13.

y) L. 32. §. 4. h. t. (24. 1.).

z) A. M. ist Leyser Spec. 312. m. 9. und wieder a. M. Hellfeld iur. for. §. 1256.

a) L. 1. C. h. t. (5. 16.).

b) L. 5. §. 8—12. L. 8. L. 9. pr. L. 34. L. 49. h. t. (24. 1.).

c) L. 31. §. 10. L. 40. 41. 42. eod.

d) L. 7. §. 2. L. 32. §. 9. eod.

e) L. 25. eod. Glück Erl. d. Pand. 26. B. S. 39—49.

f) L. 5. §. 13. 15. eod.

g) L. 31. §. 6. eod. L. 1. §. 1. quib. mod. pign. vel hyp. solv. (20. 6.) L. 11. C. ad SCt. Velleian. (4. 29.).

Sklaven, und dergleichen [h]). e) Wenn das Geschenk in Kleinigkeiten besteht, und gewöhnlich als Zeichen der Liebe gegeben wird [i]). f) Wenn es zur Wiederherstellung eines Gebäudes bestimmt ist [k]), oder g) vom Regenten der Regentin gegeben ward [l]). h) Wenn das Gegebene eine remuneratorische Schenkung ist [m]). i) Wenn die Schenkung eidlich betärkt [n]), oder k) auf den Todesfall, oder auf den Fall einer bevorstehenden sonstigen Trennung der Ehe gemacht ist [o]).

§. 437.

Rechte wegen der Güter.

Nach Deutschen Gewohnheiten und Statuten wirkt 1) die Ehe sehr oft eine Gütergemeinschaft unter den Ehegatten, und zwar entweder eine allgemeine in Rücksicht des gesammten Vermögens, oder eine besondere, entweder in Rücksicht des ganzen, während der Ehe, oder nur des, durch gemeinschaftliche Arbeit gemachten Erwerbes. Die Erörterung dieser Materie bleibt aber den Vorlesungen über das einheimische Recht überlassen. Nach gemeinem Recht bleibt es also bey dem allgemeinen Princip, daſs Mann und Frau durch ihre besondern Handlungen, die häuslichen Dienste der Frau abgerechnet, ausschlieſslich für sich, hingegen durch ihre gemeinschaftlichen Handlungen *pro rata* erwerben [p]).

§. 438.

b) Besondere Rechte des Mannes.

b) Besondere Rechte des Ehemannes sind: A) daſs die Frau seiner Gewalt unterworfen ist, und ihre Handlungen nach seinem Wil-

h) L. 17. L. 21. L. 28. §. 1. 2. h. t. (24. 1.).

i) L. 7. §. 1. L. 31. §. 8. 9. eod.

k) L. 14. D. eod.

l) L. 26. C. h. t. (5. 16.).

m) G. P. du Roi de donat. int. coniug. remunerat. absque insinuat. valid. Helmst. 1779. A. M. ist Voet L. 24. T. 1. §. 10.

n) Wenigstens nach der, freilich oft aus guten Gründen bestrittenen Praxis. Vergl. Gail L. 2. Obs. 40. n. 5. F. G. Zoller D. de quaest. an donat. int. V. et U. facta iuramento accedente sit valida. Lips. 1777. Glück Erl. d. Pand. 26. B. S. 203—205.

o) L. 9. §. 2. L. 10. L. 11. L. 12. L. 60. §. 1. L. 61. L. 62. pr. h. t. (24. 1.). Glück a. a. O. S. 49—52. 192. 193.

p) P. Müller de bonis const. matrim. quaesitis. Ien. 1686. I. C. Hofmann de lucro societat. coniugal. Norimb. 1705.

len einrichten muſs q). Schlagen darf er sie jedoch nicht r); wiewohl Viele, wegen der Vorschrift, daſs er $\frac{1}{3}$ der *donatio propter nuptias* zur Strafe verliere, wenn er sie ohne Grund geschlagen habe, eine mäſsige Züchtigung für erlaubt halten s). Nach Deutschen Statuten hat er oft eine eheliche Vormundschaft; doch ist dieſs kein gemeines Recht t). B) Er erwirbt Alles, was die Frau durch häusliche Dienste, nicht aber das, was sie in Nebenstunden durch ein besonderes, vom Gewerbe des Mannes unabhängiges Metier verdient u); doch kann er keine, ihrer Gesundheit schädliche, oder ihrem Stande widerstreitende Dienste von ihr fodern x). C) Er kann verlangen, daſs sie seinem Wohnsitz folge y), selbst dann, wenn er versprach, seinen Wohnort nicht zu ändern z), oder wenn er ihn zur Strafe ändern muſs, es sey denn, daſs die Frau ohne Nachtheil ihrer Ehre oder Gesundheit ihm nicht folgen könnte a). Endlich ist er D) befugt, als vermutheter Anwald für sie im Proceſs aufzutreten b).

§. 439.

Besonders in Betreff der Güter der Frau.

Eine besondere Erörterung verdienen E) die dem Mann an den Gütern der Frau zustehenden Rechte. Mit Uebergehung der häufigen Abweichungen particulairer Sitten und Statute, wonach z. B. der Ehemann als solcher gesetzlicher Ver-

q) L. 14. §. 1. solut. matr. (24. 3.) L. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5. 13.) L. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. (8. 18.). van Bueren de potest. marit. in uxor. Ultr. 1736. N. F. de Heille de potest. mariti. Arg. 1769.

r) L. 8. §. 2. C. de repud. (5. 17.). H. Freders Erört. d. Frage: ob ein Mann seine Frau zu schlagen berechtigt sey? Ien. 1734.

s) Nov. 117. c. 14. Hommel Rhaps. Obs. 738.

t) Pufendorf T. 1. Obs. 12. T. 3. Obs. 183.

u) H. G. Bauer de operis uxoris ad easque praestandas obligatione. Lips. 1762. Struben 4. B. 25. Bed. A. M. ist T. Erhardt de iure mariti in acquaest. uxoris per operas artificiales.

x) Lauterbach coll. L. 23. T. 2. §. 87.

y) L. 5. de R. N. (23. 2.) L. ult. C. de incol. (10. 39.).

z) L. 71. §. 2. de cond. et dem. (35. 1.). A. M. sind Viele: Lauterbach l. c. §. 89. A. Kaestner quat. uxor marit. relegat. sequi teneatur. Lips. 1739. §. 14. F. W. Tittmann de competentia legum in definiendis iuribus coniugum. Hal. 1822. p. 22. 23.

a) Ueber die verschiedenen Ideen: Lauterbach l. c. §. 90. Kaestner l. c. §. 1—13. Schott §. 182. not. 4. Glück Comm. 6. B. §. 514.

b) S. unten §. 1102.

walter und Nutzniefser des gesammten Vermögens der Frau ist, darf hier nur vom gemeinen Recht die Rede seyn.

§. 440.

Eintheilung in dos, paraphernа, receptitia.

Die Regel ist, dafs (nach der sogenannten *praesumtio Muciana*) im Zweifel Alles, was sich im Hause des Mannes oder in den Händen der Frau findet, als dessen ausschliefsliches Eigenthum, oder als dem Vermögen desselben erworben anzusehen ist c). Die Ehe hebt also das erweisliche Eigenthum derselben nicht auf. Hat die Frau, oder ein Andrer Namens derselben, in die Gewalt des Mannes Sachen zur Bestreitung der Lasten der Ehe gegeben, so werden diese Brautschatz *(dos)* genannt d); alle übrigen Sachen der Frau heifsen Paraphernalien *(bona paraphernа)* e). Gibt die Frau dem Mann an den letzten gleichfalls Rechte, aber nicht zum Zweck der Ehe, so nennt man sie Paraphernalien im engern Sinn; hingegen Spillgüter *(bona receptitia)*, wenn sie sich daran ihre gesammten Rechte vorbehält f). Von Sachen, welche in der ersten Ehe Brautschatz waren, wird in der zweyten dieselbe Eigenschaft vermuthet, wenn die Ehe unter denselben Personen ohne Zeichen einer Willensänderung eingegangen, und die *dos* nicht an den

c) L. 51. de donat. int. V. et U. (24. 1.) L. 6. C. eod. (5. 16.). I. F. Eisenhard de reg. iuris, quod in casu dubio omnia bona mariti esse praesumenda sint, caute adhibenda. Helmst. 1771. A a Leyser de praesumtione Muciana. Viteb. 1748. Glück Erl. d. Pand. 26. B. S. 216—220. A. M. ist für die jetzigen Zeiten Voet L. 24. P. 1. §. 16.

d) L. 7. pr. L. 56. §. 1. L. 76. de iure dot. (23. 3.) L. 20. C. eod. (5. 12.). I. Goddaeus tr. de iure dotium. Marb. 1594. E. Wordenhoff de iure dot. Bas. 1648. I. Finestres de Monsalvo de eod. arg. Cervar. 1754. G. Mascov electa dotal. Goett. 1739. I. G. Geyert de iure et obligat. circa dot. Goett. 1785. J. C. Hasse das Güterrecht der Ehegatten nach R. R. 1. B. Bonn 1824.

e) L. 8. L. 11. C. de pact. convent. (5. 14.). ab Eyben de iure paraphernor. (op. P. 2.). Gaertner de iuris Roman. distinct. inter dotem et paraphernа foris German. non accommodanda. Lips. 1729. Auch da, wo in Deutschland der Mann gesetzlicher Nutzniefser der Güter der Frau ist, lassen sich noch immer aufser der dos und bonis receptitiis sehr wohl bona paraphernа s. str. möglich denken. A. M. ist Müller ad Leyser Obs. 532.

f) Die Unterscheidung gründet sich in L. 9. §. 3. h. t. (23. 3.) L. 8. L. 11. C. de pact. convent. (5. 14.). Grupen de uxore Rom. cap. 7. §. 7.

dritten Geber zurückgefallen war g); sonst aber streitet für den Brautschatz nicht die Vermuthung h), die Sachen mögen bey, oder nach Eingehung der Ehe eingebracht seyn i); doch bedarf es zur Errichtung eines Brautschatzes nicht grade einer ausdrücklichen Erwähnung desselben, da die Bestellung auch stillschweigend geschehen kann k).

§. 441.

Ueber die Aussteuer. Alle Sachen der Frau müssen Brautschatz oder Paraphernalien im allgemeinen Sinne seyn, also auch die, bey uns gewöhnliche Aussteuer (*apparatus, instructus muliebris*). Ob sie das Eine oder das Andre sey, läſst sich im Allgemeinen nicht sagen, sondern muſs nach den Umständen entschieden werden l), und es ist ohne Grund, wenn Manche sie unbedingt als Art des Brautschatzes behandeln m), und Andre n) unbedingt das Gegentheil behaupten.

§. 442.

Brautgabe. Deren Arten. Was zuvörderst die Brautgabe und deren Bestellung betrifft, so können dem Mann unter diesem Namen sowohl vor, als nach Eingehung der Ehe, jedoch im ersten Fall unter der stillschweigenden Bedingung, daſs die Ehe erfolge, alle Arten der Sachen gegeben werden o), selbst die gesammten Güter der Frau,

g) L. 13. 30. 40. 63. 68. 69. §. 2. de iure dot. (23. 3.) L. 29. §. 1. de pact. dotal. (23. 4.) L. 66. §. 5. sol. matr. (24. 3.). Hasse S. 452—474. A. M. sind Manche: Schroeter de dote in secundo matrimonio tacite renovata. Ien. 1723.

h) L. 9. §. 2. 3. de iure dot. (23. 3.) L. 4. C. eod. (5. 12.). H. G. Bauer bona uxoris paraphernalia esse praesumenda. Lips. 1762. Hasse a. a. O. S. 412—452. Das unbedingte Gegentheil behaupten Meister de bon. uxor. ex iuris Rom. praesumt. non paraphernis sed dotal. Goett. 1769. Müller ad Leyser Obs. 532. 33. A. F. v. Ende verm. iur. Abh. 1. Th. n. 13. Glück Erl. d. Pand. 25. B. S. 220—246.

i) Mit Andern nimt diese Unterscheidung an Leyser Sp. 302. m. 5. 6.

k) L. 48. §. 1. de iure dot. (23. 3.).

l) Die Unbestimmtheit bey K. G. Rössig erste Grds. d. Deutsch. Priv. R. 7. Abschn. 3. Kap. §. 3. ist daher recht.

m) z. B. I. G. Estor de apparat. et instruct. muliebr. Marb. 1744. cap. 2. §. 65. Pufendorf T. 1. Obs. 206. Struben 1. B. 53. Bed.

n) Grupen de uxore theod. cap. 3. §. 9. 16.

o) L. 6. §. 1. L. 7. §. 3. L. 21. L. 34. L. 42. L. 43. pr. L. 66. L. 81. h. t. (23. 3.) L. 12. C. eod. (5. 12.). C. H. Breuning an ususfr. in dot. dar. poss. Lips. 1771. Idem de nomine in do-

aber nur *titulo singulari* p); in allen Fällen aber nur so weit, als der, welcher die Brautgabe bestellt, die Befugnifs hat, das Recht, oder die Ausübung desselben einem Andern zu überlassen q). Kommt die Brautgabe aus dem Vermögen väterlicher Ascendenten, direct, oder indirect, so wird sie *profectitia*, in andern Fällen *adventitia* genannt r), und wenn ein Dritter sich als Besteller die Rückgabe bedungen hat, *dos receptitia* s).

§. 443.

Wer muſs sie geben? Der Brautschatz wird entweder freywillig versprochen *) und bestellt, oder vermöge gesetzlicher Vorschrift (*dos voluntaria, necessaria*). Eine solche gesetzliche Verpflichtung liegt ob 1) dem ehelichen Vater, und sodann den ehelichen Ascendenten von väterlicher Seite t), die leibliche Tochter mag noch unter der Gewalt seyn, oder nicht u), sowohl vor, als nach Eingehung der Ehe x); doch hält man den Vater nicht dazu verpflichtet, wenn die Tochter sich der Enterbung schuldig gemacht y), wenn sie wider den Willen des Vaters, unter Umständen, welche

tem dato. Lips. 1771. Idem an in dotem nomen dari poss. Lips. 1774. Idem quid intersit inter fundum et usumfruct. fundi in dotem datum. Lips. 1774.

p) L. 4. C. h. t. (5. 12.). I. A. Neuber de dote omn. bonor. Lips. 1714 Hasse S. 379—382.

q) Lauterbach coll. L. 23. T. 3. §. 24.

r) L. 5. h. t. (23. 3.).

s) L. 31. §. 2. de mort. causs. donat. (39. 6.). Leyser Sp. 302. m. 16. C. M. Hofmann de dote recept. Alt. 1718.

*) Nach der Meynung Mancher gehören auch Pollicitationen dahin, wegen L. 1. C. de iure dot. (5. 12.). E. Schenk das Recht der Dos vor Justinian. Landsh. 1812. S. 29—38. vergl. mit Glück Comment. 20. B. S. 197—201. Gans Obligationenrecht S. 34. 35.

t) L. 19. de R. N. (23. 2.) L. 7. C. de dot. promiss. (5. 11.). A. M. sind Wernher P. 5. Obs. 127. Leyser Sp. 303. m. 11. Müller ad Leyser Obs. 540. Allein s. A. L. Hombergk zu Vach de obligat. patr. ad constit. dot. non promiss. Marb. 1770.

u) L. ult. C. de dot. prom. (5. 11.). Voet L. 23. T. 3. §. 12. A. M. ist Hofacker princ. T. 1. §. 420. Hasse S. 346—352. Glück Erl. d. Pand. 25. B. S. 62—69. Von der gleichfalls zu dotirenden Adoptiv-Tochter L. 5. §. 13. h. t. (23. 3.) kann der Satz natürlich nur während der Gewalt gelten.

x) A. M. ist Leyser Sp. 303. m. 11. Stiglitz de necessitate patr. condit. filiab. quaerendi. Hal. 1757.

y) Lauterbach coll. L. 23. T. 3. §. 14. 15.

denselben zum Widerspruch berechtigten, geheirathet z), oder selbst so viel Vermögen hat, um eine Aussteuer bestellen zu können a); indefs wird im letzten Fall, wenn der Vater eine Brautgabe schlechthin bestellt, vermuthet, dafs er sie von dem Seinigen gegeben habe b). 2) Der Mutter, jedoch nur aus wichtigen Gründen c), welches Manche auch auf mütterliche Ascendenten ausdehnen d). 3) Ehelichen Geschwistern, welche keine *uterini* sind e). Endlich 4) nach der Meynung Vieler der wohlhabenden Frau selbst f), und 5) im Fall der Noth auch dem unehelichen Vater g). Uebrigens sind alle, zur Bestellung einer Brautgabe gesetzlich verpflichteten Personen, wenn die Brautgabe ohne Schuld der Frau verloren geht, zur Erneuerung derselben gehalten h); die ganze Verbindlichkeit fällt aber überhaupt weg, wenn dem Recht, auf Bestellung der Brautgabe zu dringen, gültig entsagt wird i).

§. 444.

Wem ist sie zu geben?

Das Versprechen des Brautschatzes kann sowohl dem Mann, als der Frau, oder deren Stellvertretern geschehen, die Bestellung desselben aber nur dem Mann, dessen Bevollmächtigten, oder dem Ascendenten desselben, unter dessen Gewalt er sich befindet k).

z) C. H. Breuning de dote filiae quae citra patris consens. nupsit. Lips. 1767.

a) L. ult. C. cit. Müller Obs. 540. Glück a. a. O. S. 69—76.

b) L. 7. C. de dot. prom. (5. 11.). Pufendorf T. 3. Obs. 150. A. M. ist Voet L. 23. T. 3. §. 16.

c) L. 14. C. h. t. (5. 12.) L. 19. §. 1. C. de haeret. et manich. (1. 5.).

d) Lauterbach coll. L. 23. T. 3. §. 9.

e) arg. L. 12. §. 3. de administr. tut. (26. 7.). Voet l. c. §. 14. A. M. sind Hasse S. 358—362. Glück a. a. O. S. 99—104.

f) Leyser Sp. 303. m. 2. 3. Glück a. a. O. S. 99—104. S. dawider Hasse S. 363—373. Eine Liebespflicht folgt freilich aus L. 32. §. 2. de cond. indeb. (12. 6.), und eine, jetzt unpractische Ausnahme aus L. un. §. 1. C. de raptu (9. 13.). Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. 2. 3. Hft. S. 370—373.

g) Lauterbach l. c. §. 13. Allein s. I. Iacobs de dote ante matrimon. consummatum lucranda. Ien. 1679. Th. 16.

h) M. Grass de redotatione eiusque iure. Tub. 1627. A. M. ist in Betreff der Brüder: Lauterbach l. c. §. 17. und ganz: F. C. Conradi de patre filiam quae dotem amisit iterum dotare non cogendo. Lips. 1728. Archiv für civilist. Praxis. 2. B. 2. Hft. nr. 15. Glück a. a. O. S. 78—94.

i) H. Bodinus de renunciatione dotis facta. Hal. 1709.

k) L. 57. L. 59. pr. h. t. (23. 3.).

§. 445.

Gröfse derselben.

Was die Gröfse der Brautgabe betrifft, so muſs man unterscheiden, ob darüber etwas ausgemacht ist, oder nicht. In jenem Fall bleibt es dabey; im letzten hingegen ist entweder die Verpflichtung schon an sich in den Gesetzen gegründet, oder nicht. Ist jenes, so muſs der Richter das Maſs nach dem Vermögen des Verpflichteten, und dem Stande der Eheleute bestimmen, und das unbestimmte Versprechen ist dann insofern unnütz [l]; ist hingegen dieſs, so ist entweder die Brautgabe schlechthin versprochen, oder nach billigem Ermessen. Im ersten Fall ist das Versprechen unnütz, im letzten aber entscheidet gleichfalls die richterliche Willkühr [m].

§. 446.

Rechte des Mannes vor Bestellung der dos.

Die Rechte des Mannes vor Bestellung des Brautschatzes bestehen darin, daſs er nach eingegangener Ehe [n], sofern ihm derselbe nach den Gesetzen, oder aus einem Versprechen gebührt, auf Bestellung desselben klagen kann, und zwar in jenem Fall durch sogenannte *condictiones ex lege*, unter Anführung des Gesetzes, worin die Verpflichtung des Beklagten gegründet ist, also, im Fall gegen den Vater geklagt wird, mit der *condictio ex lege ult. C. de dot. promissione*, in diesem durch die *actio ex stipulatu* [o], mit welcher letzten auch die hypothekarische Klage verbunden werden kann [p]. Was insbesondere die Früchte und Zinsen der zu gebenden Brautgabe betrifft, so muſs man unterscheiden, ob ein *dies a quo* zur Bestellung der Brautgabe gesetzt ist, oder nicht. In jenem Fall sind sie von diesem Tage zu zahlen; im letzten Fall hingegen ist der Vater oder ein Dritter, wenn von ihnen die Brautgabe versprochen war, und keine Interpellation sie früher in Verzug brachte, erst zwey Jahre nach eingegangener Ehe

l) L. 60. L. 69. §. 4. h. t. (23. 3.) L. 3. C. de dot. prom. (5. 11.). Im Concurse des Vaters ist das Versprechen wichtig. Pufendorf T. 1. Obs. 66.

m) L. 1. 3. C. de dot. prom. (5. 11.). Müller ad Leyser Obs. 541. Glück Erl. d. Pand. 25. B. S. 169—180.

n) L. 4. §. 2. de pact. (2. 14.) L. 21. L. 68. h. t. (23. 3.).

o) L. 4. L. 6. C. de dot. prom. (5. 11.).

p) Nicht mit beiden Klagen, wie Hofacker princ. T. 1. §. 430. sagt. L. un. pr. §. 1. C. de rei uxor. act. (5. 13.).

defshalb verantwortlich; fand aber kein Versprechen Statt, erst vom Augenblick der Interpellation q).

§. 447.

Nach deren Bestellung.

Was die Rechte und Verbindlichkeiten des Mannes in Betreff der bestellten Brautgabe betrifft, so ist zu unterscheiden, ob dieselbe aus fungibilen Sachen, und wenn sie aus andern Sachen besteht, ob sie dem Mann gegen einen Preis käuflich übergeben ist, oder nicht. In den ersten beiden Fällen wird er voller Eigenthümer, und die Gefahr der Sache geht sofort auf ihn über r), mit der einzigen Einschränkung, dafs die ihm käuflich überlassene Sache von der Frau aus seiner Concurs-Masse vindicirt werden kann, wenn sie ohne diefs nicht im Stande ist, Befriedigung zu erhalten s). Die käufliche Uebertragung wird vermuthet, wenn die Brautgabe unter Bestimmung ihres Werthes auf den Mann übertragen ist (*dos venditionis gratia aestimata*); doch kann die Taxe auch zu dem Ende festgesetzt werden, um der Frau bey der Rückfoderung den Beweis des verlornen Werthes der Sache zu erleichtern (*dos taxationis gratia aestimata*). Für die letzte Art der Taxe streitet aber nicht die Vermuthung t). Bey Schuldscheinen kommt es in Betreff der Gefahr besonders darauf an, ob dem Mann, sofern die Frau nicht selbst Schuldnerin ist, in Betreff der Einfoderung Etwas zur Last fällt *).

§. 448.

Fortsetzung.

Sind die Sachen nicht fungibel, oder nicht käuflich übergeben, so erhält der Mann während der

q) L. 31. §. 2. C. de iure dot. (5. 12.). Leyser Spec. 304. m. 5. 7. Zum Theil sind abweichend Hofacker a. a. O. Müller ad Leyser Obs. 543.

r) L. 42. h. t. (23. 3.) L. 5. C. eod. (5. 12.).

s) L. 30. C. eod. Struben 1. B. 83. Bed.

t) L. 5. 10. 21. C. eod. Glück a. a. O. S. 30—33. A. M. sind Leyser Sp. 311. m. 10. Struben 2. B. 83. Bed. Müller ad Leyser Obs. 551., allein wider die Gesetze und allgemeine Interpretations-Regeln. Cocceii I. C. L. 19. T. 3. qu. 8.

*) L. 35. de R. C. (12. 1.) L. 33. L. 36. L. 41. §. 3. L. 49. L. 53. de iure dot. (23. 3.) L. 6. L. 20. §. 2. de pact. dotal. (23. 4.) L. 49. pr. sol. matr. (24. 3.) vergl. mit Schöman Handb. 2. B. S. 255—258. und Löhr Beyträge zu der Theorie der Culpa. S. 207—212. Hasse v. d. Culpa S. 555—600. Gottschalk disc. for. c. 1. Glück Erl. d. Pand. 25. B. S. 34—39.

Ehe ein sogenanntes bürgerliches, und der Frau bleibt bloſs ein, bey Auflösung der Ehe völlig wiederauflebendes ruhendes, oder natürliches Eigenthum [u]). Kraft des ersten ist der Mann befugt, die Sachen zu administriren, und die Frau darf sich deſshalb von ihm keine Bürgschaft bestellen lassen [x]); er hat den Gebrauch und Fruchtgenuſs der Hauptsache, und deren Accessionen [y]); er kann sie durch alle Arten der Klagen vertheidigen [z]); auch kann er sie gültig ohne Zustimmung der Frau veräuſsern [a]). Nur bloſs in Betreff unbeweglicher Sachen ist ihm (wie dem Bräutigam) die Veräuſserung, und was derselben gleich ist [b]), schlechthin verboten, selbst wenn die Frau einwilligt [c]), oder nach zwey Jahren ihre Einwilligung wiederholt [d]). Der Mann kann jedoch selbst eine solche nichtige Veräuſserung nicht anfechten [e]).

u) pr. I. quib. alienar. lic. vel non (2. 8.) L. 13. §. 2. de fundo dotal. (23. 5.) vergl. mit L. 75. h. t. (23. 3.) L. 23. L. 30. C. eod. (5. 12.). Bebhan paralipom. Meierian. p. 165. Huber Digress. L. 4. c. 9. Finestres de iure dot. L. 4. n. 1. fgg. Burchardi Grundz. d. R. R. S. 139—159. Hasse S. 238—259. Glück a. a. O. S. 127—148. A. M. in Betreff des Eigenthums des Mannes ist Madihn Misc. 1. Sch. S. 20—24. Dagegen leugnet nun alles Eigenthum der Frau Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. 1. Hft. nr. 5.

x) L. 18. §. 1. solut. matr. (24. 3.) L. 8. C. de pact. convent. (5. 14.) L. 2. C. ne fideiussor. dot. dent. (5. 20.). Ueber die angebliche jetzige Unanwendbarkeit der letzten Vorschrift s. Leyser Sp. 323. m. 8. Müller Obs. 868. Eisenhard de fideiussor. dot. §. 9. (in opusc.).

y) L. 7. pr. §. 1. L. 10. §. 2. 3. h. t. (23. 3.) L. 20. C. eod. (5. 12.). Den Schatz erwirbt er also nicht. L. 7. §. 12. sol. matr. (24. 3.).

z) L. 18. §. ult. eod. L. 24. de act. rer. amotar. (25. 2.) L. 49. §. 1. de furt. (47. 2.).

a) arg. pr. I. quib. al. lic. vel non (2. 8.) L. 1. C. de servo pignor. dat. (7. 8.) L. 3. C. h. t. (5. 12.) L. 3. §. 2. de suis et legit. (38. 16.). Andere Ideen haben in Betreff nicht fungibiler beweglicher Sachen Hellfeld iur. for. §. 1236. Lobethan Eherecht S. 119. allein s. Voet L. 23. T. 3. §. 4. Vinnius ad pr. I. L. 2. T. 8. Hasse v. d. Culpa S. 567. Ganz abweichend ist Burchardi Grundz. d. R. R. S. 140.

b) L. 5. 6. 7. 16. de fundo dotal. (23. 5.).

c) pr. I. quib. alien. lic. vel non (2. 8.) L. 4. de fundo dotal. (23. 5.) L. un. §. 15. C. de rei uxor. act. (5. 13.). G. H. Boettcher vicissitud. iur. Rom. circa oblig. et alienat. fundi dotal. Goett. 1797. 8.

d) Struben 5. B. 100. Bed. Lauterbach coll. L. 23. T. 5. §. 16. Müller ad Leyser Obs. 550. A. M. ist Voet L. 23. T. 5. §. 6. wegen Nov. 61. c. 1. §. 1. 2. Allein s. Glück Erl. d. Pand. 25. B. S. 412—418.

e) Vermöge §. 82. Stryk U. M. L. 23. T. 5. §. 7. A. M. ist Lauterbach de fundo dotal. §. 27. 29. Glück a. a. O. S. 403. 404.

§. 449.

Fortsetzung. Die Veräufserung eines unbeweglichen Dotal-Stücks ist, oder wird jedoch in einigen Fällen gültig, nämlich a) wenn sie vermöge einer Rechtsnothwendigkeit geschah f). b) Wenn sie wirklich zum Nutzen der Frau ausfiel g). c) Wenn die Frau ihre Einwilligung eidlich ertheilte h). d) Wenn die Frau Erbin des Mannes wird, oder dieser nachher volle Eigenthumsrechte über die veräufserte Sache erhält i). e) Wenn die Obrigkeit ihre Zustimmung gegeben hat k). Ferner f) wenn nicht die Frau, sondern ein Dritter die Rückfoderungsklage hat l). Endlich g) wenn dem Mann ein *successor universalis* folgt; doch kann dieser (bis zur Restitution) die Brautgabe nicht wieder veräufsern m).

§. 450.

Recht wegen der Eviction. Wird die Brautgabe evincirt, so kann der Geber zur Evictions-Leistung angehalten werden, wenn er sich dazu durch ein bindendes Geschäft verpflichtete, wenn er arglistig verfuhr, die Brautgabe dem Mann käuflich überliefs, oder überhaupt nur vor einer *datio* die Brautgabe versprach n). Dabey versteht es sich, dafs die, welche an sich nicht wegen der Eviction haften, wenn sie gesetzlich zur Dotation verpflichtet sind, auch zur Redotation angehalten werden können o).

§. 451.

Pflichten des Mannes. Wegen des ruhenden Eigenthums der Frau ist dagegen der Mann in Ansehung aller, nicht

f) L. 1. pr. de fundo dotal. (23. 5.) L. 2. C. eod. (5. 23.). Leyser Sp. 311. m. 13.

g) L. 26. 27. h. t. (23. 3.). So ist Leyser l. c. mit Müller Obs. 552. zu vereinigen.

h) cap. 28. X. de iureiur. (2. 24.).

i) L. 13. §. ult. L. 17. de fund. dot. (23. 5.) L. 14. C. de R. V. (3. 32.).

k) Claproth iurispr. extrai. §. 180.

l) L. 3. §. 1. de fundo dot. (23. 5.). Brunnemann Comm. ibid.

m) L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. eod. L. 62. de A. R. D. (41. 1.).

n) L. 16. L. 69. §. 7. h. t. (23. 3.) L. 1. C. eod. (5. 12.). Ueber die verschiedenen Meynungen s. G. W. Dinkler de evict. dotis. Lips. 1728. §. 10. fgg. Buchner de eo quod iust. est circa evict. in dotem datam praestandam. Giess. 1789. Zoesius comm. L. 21. T. 2. n. 15. Heineccii elem. pandect. L. 23. T. 3. §. 190. Meine civilist. Abh. S. 56—59. Archiv für civilist. Praxis. 2. B. 2. St. S. 203. not. 3. Glück Erl. d. Pand. 20. B. S. 197—209. 25. B. S. 78—90.

o) S. oben §. 443. und Voet L. 21. T. 2. §. 11.

in sein unbeschränktes Eigenthum übergehender Sachen, verpflichtet, sich der geringsten Versehen zu enthalten p); doch werden ihm, sowohl bey dem negativen, als positiven Thun, leichte Versehen nicht angerechnet, wenn er beweist, daſs er den Fleiſs angewandt habe, den er auf seine eignen Sachen zu wenden pflege q). War aber die Frau in Betreff der Zurückfoderung der Sachen säumig, so haftet er zunächst nur wegen grober Versehen r). Der, an solchen Sachen sich ereignende Zufall trifft ihn aber nicht s); doch muſs er für den Genuſs der Sachen die damit verknüpften Lasten tragen t).

§. 452.

Rechte an den Paraphernalien.

In Rücksicht der Paraphernalien hat der Mann nur die Rechte, welche ihm die Frau daran eingeräumt hat u), und kann darüber Rechnung abzulegen gezwungen werden x). Er kann jedoch wegen solcher Sachen als vermutheter Anwald handeln y), und im Nothfall die Alimente aus denselben verlangen z), auch dieselben mit Einwilligung der Frau veräuſsern a).

§. 453.

c) Besondere Rechte der Frau.

Was c) die besonderen Rechte der Frau betrifft, so nimt sie A) an dem Range und Stande des Mannes, dessen Gerichtsstande,

p) L. 18. §. 1. L. 24. §. 5. L. 25. §. 1. L. 66. pr. L. 67. solut. matrimon. (24. 3.) L. 9. L. 17. §. 1. L. 49. pr. eod. L. 72. §. 1. de iure dot. (23. 3.). Vergl. auch Löhr Theorie der Culpa. S. 165—167. Schöman Handb. 1. B. S. 336—338. Hasse v. d. Culpa S. 561—569.

q) L. 17. pr. de iur. dot. (23. 3.) L. 24. §. 5. solut. matr. (24. 3.). Zum Theil a. M. sind Kritz über die Culpa. Leipz. 1823. S. 43—165. Glück Erl. d. Pand. 25. B. S. 118—127.

r) L. 9. solut. matrim. (24. 3.).

s) L. 10. pr. §. 1. L. 14. 15. 16. 42. h. t. (23. 3.) L. 30. C. eod. (5. 12.).

t) L. 13. de impens. in rem dotal. fact. (25. 1.).

u) L. 9. §. 3. h. t. (23. 3.) L. 8. C. de pact. convent. (5. 14.). I. G. Rütter ius mariti circa bona paraph. ex LL. Rom. et patriis illustrat. Goett. 1781.

x) L. 95. pr. ad Leg. Falcid. (35. 2.).

y) L. 21. C. de procur. (2. 13.).

z) L. 29. C. h. t. (5. 12.).

a) L. 6. C. de revoc. donat. (8. 56.). Stryk U. M. L. 23. T. 5. §. 6. Viele behaupten vermittelst eines unpassenden analogischen Schlusses von der dos das Gegentheil. Höpfner Comm. §. 418. not. 6.

und, wenn sie mit ihm gleicher Religion ist, an dessen Parochial-Verhältnissen Theil b). Sie kann ferner B) verlangen, daſs der Mann in allen, sie betreffenden Rechtssachen ihre Vertheidigung übernehme c). C) In Betreff der Dotal-Sachen hat sie während der Ehe nur wenig wirksame Rechte. Das wichtigste ist, daſs sie wegen derselben ein gesetzliches, privilegirtes Pfandrecht hat d). Auſserdem kann sie, obgleich ihr in der Regel die Abfoderung der Brautgabe von dem Mann oder einem Dritten untersagt ist e), wenigstens dann ihre Rechte geltend machen, wenn der Mann völlig insolvent, oder wegen Verwüstung der Brautgabe verdächtig wird f), in welchen Fällen dem Mann natürlich die freywillige Rückgabe auch erlaubt ist, so wie, wenn es geschieht, damit die Frau Pietätspflichten erfülle, andre, als ihre eigenen Schulden bezahle, oder ein gehörig einträgliches Grundstück anschaffe *). Auch befreyet eine unbewegliche Brautgabe die Frau von Cautions-Leistungen im Proceſs g). Die Frage: ob sie an den, mit Dotal-Geldern vom Mann erkauften Sachen ein Eigenthum erlange? kann aus den, sich hierüber widerstreitenden Gesetzen h) nicht durch Vereinigung, sondern nur durch Vorziehen des Codex im Ganzen verneinend entschieden werden i); doch findet eine Ausnahme Statt, wenn die Surrogate absichtlich, und zum Nutzen der Frau an die Stelle der veräuſserten Brautgabe gesetzt sind k). D) Wegen der

b) L. 65. de iudic. (5. 1.) L. 5. de R. N. (23. 2.) L. 10. C. de nupt. (5. 4.) L. 13. C. de dignit. (12. 1.). I. P. v. Ludewig de differ. iur. Rom. et germ. in dignit. uxor. Hal. 1718.

c) L. 2. de iniur. (47. 10.).

d) S. unten §. 643. 657.

e) L. 30. C. de iur. dot. (5. 12.).

f) L. 24. pr. sol. matr. (23. 3.) L. 29. 30. C. de iure dot. (5. 12.) Nov. 97. c. 6.

*) L. 73. §. 1. de iure dot. (23. 3.) L. 20. sol. matr. (24. 3.). Zum Theil abweichende Ideen s. in Savigny Zeitschrift. 5. B. 3. Hft. nr. 9. Glück Erl. d. Pand. 27. B. S. 234—266.

g) L. 15. §. 3. qui satisd. cog. (2. 8.).

h) L. 54. de iure dot. (23. 3.) L. 12. C. eod. (5. 12.).

i) Mancherley Vereinigungsversuche s. bey Faber coni. L. 5. c. 9. Cocceii L. 23. T. 3. qu. 7. Hofacker princ. T. 1. §. 445. Klüber kl. jur. Bibl. v. J. 1786. S. 168—90. Dabelow v. Concurse 2te Aufl. S. 368—72. Glück Comment. 8. B. §. 585. S. 167—186. Gottschalk discept. for. T. 1. cap. 2. T. 3. cap. 21. Gesterding vom Eigenthum S. 302—308. Grolman und Löhr Magaz. 4. B. 1. Hft. S. 76. 77.

k) L. 26. 27. de iure dot. (23. 3.).

Paraphernalien hat sie zum Theil ein gesetzliches Pfandrecht l).

§. 454.

Besonders an der donatio propter nuptias.

Die Frau, welche dem Mann eine Brautgabe zugebracht hat, kann E) verlangen, daſs der Mann ihr eine, jetzt sogenannte *donatio propter nuptias* m) einräume, zunächst zu dem Zweck, daſs sie, wenn der Mann verarmt, oder stirbt, sich und ihre Kinder davon ernähren könne n). Auch der Vater des Mannes ist dazu verpflichtet o); doch kann die Bestellung derselben erst nach Illation der Brautgabe verlangt werden p), und das Maſs darf nie die Gröſse der Brautgabe und deren Vermehrung übersteigen q). Die Frau hat aber nur auf den Nieſsbrauch Anspruch, und das Eigenthum verbleibt dem Mann r); auch hat sie zur Sicherheit dieser ihrer Rechte ein Pfandrecht am übrigen Vermögen des Mannes s), welcher, ohne daſs seine Nachlässigkeit der Frau schadet, noch besonders verpflichtet ist, jede solche Schenkung, wenn sie 500 Aureos übersteigt, gerichtlich anzuzeigen t). In Deutschland ist dieſs ganze Institut fast überall auſser Gebrauch gekommen u). Von dem, an die Stelle desselben getretenen Witthum, dem Leibgedinge, und der Morgengabe ist im Deutschen Recht zu handeln.

l) S. unten §. 643.

m) C. G. Hofmann de donat. propt. nupt. Lips. 1736. a Winterfeld histor. iur. Rom. de donat. propt. nupt. Frkf. ad V. 1776. I. Rave de vera indole donat. propt. nupt. Ien. 1762. Schorch de don. propt. nupt. Rom. einsque orig. Erf. 1787. Pufendorf T. 2. Obs. 39. T. 4. Obs. 157. Besonders: Archiv für civilist. Praxis. 9. B. 2. Hft. nr. 10. Glück Erl. d. Pand. 25. B. S. 274—319.

n) §. 3. I. de donat. (2. 7.) L. 19. 20. C. de donat. ante nupt. (5. 3.) Nov. 22. c. 32. 33. Nov. 121. c. 2.

o) Nov. 74. c. 4. Nov. 117. c. 4.

p) Nov. 91. c. 2.

q) Nov. 97. c. 1. Ueber den Nichtgebrauch dieses Satzes s. Pufendorf T. 2. Obs. 39. §. 23. T. 3. Obs. 121.

r) L. 18. C. de donat. ante nupt. (5. 3.) Nov. 22. c. 10. §. 1. Nov. 61. c. 1.

s) Nov. 61. c. 1. Nov. 109. c. 1. A. M. sind Manche. T. I. Reinhardt de uxore in donat. propt. nupt. neque dominium neque tacitam hypoth. habente. Erf. 1729. Heineccius de uxore Roman. per propter nupt. donat. de alimentis tantum secura. Hal. 1740. I. F. Kees de iurib. uxor. in don. propt. nupt. Lips. 1779.

t) Nov. 119. c. 1.

u) Müller ad Leyser Obs. 544.

§. 455.

B) Rechte der Ehegatten, während eines Scheidungs-Processes.

B) Durch einen angefangenen und obschwebenden Scheidungs-Procefs ist die Ehe selbst noch nicht aufgehoben. Alle Wirkungen derselben müssen mithin fortdauern, sofern nicht etwa ein Theil interimistische Verfügungen, z. B. einstweilige Separation, auswirken sollte. Der Theil, welcher in der Lage ist, von dem andern Alimente fodern zu dürfen, kann sie daher auch während des Processes verlangen x). Aus eben dem Grunde mufs der Mann, als gesetzlicher Schützer seiner Frau, derselben die Procefs-Kosten vorschiefsen. Die Behauptung Mancher y), dafs er hievon frey sey, wenn er die Frau des Ehebruchs durch sofort wahrscheinlich gemachte Gründe beschuldigt habe, läfst sich mit strengen Rechtsbegriffen nicht vereinigen z).

§. 456.

C) Verhältnifs nach getrennter, und zwar a) nach einer für nichtig erklärten Ehe.

Was endlich C) die Wirkung der Ehe nach Aufhebung derselben betrifft, so mufs man unterscheiden: a) ob sie für gleich Anfangs nichtig erklärt, oder b) erst wegen neuer Umstände aufgehoben wird. In jenem Fall mufs natürlich Alles in den vorigen Stand versetzt werden, und jeder mufs das Empfangene zurückgeben; doch kann der, welcher durch Schuld des andern verletzt ist, nach allgemeinen Grundsätzen seine Foderungen geltend machen a). Bey dem Incest erfolgt Confiscation des ganzen Vermögens *), und wo sonst wissentlich gegen die Gesetze gehandelt ist, nimt der Fiscus dem Schuldigen alle erhaltenen Geschenke, die *dos*, oder *donatio propter nuptias* **).

x) J. G. Hennig von der Alimentation der Eheleute und den Kosten während des Scheidungs-Processes. Wittenb. u. Zerbst 1782.

y) Leyser Sp. 313. m. 7. Müller Obs. 55.

z) S. Stryk de decret. interimist. cap. 2. n. 121. Reinhardt ad Christineum Vol. 5. Obs. 30.

a) L. 8. de cond. causs. dat. (12. 4.) L. 4. L. 5. de condict. sine causs. (12. 7.) L. 1. §. 3. 4. pro dote (41. 9.) L. 10. C. de repud. (5. 17.). Glück Erl. d. Pand. 27. B. S. 60—67.

*) Nov. 12. c. 1. 2. 3.

**) L. 52. 58. de R. N. (23. 2.) L. 4. 6. C. de incest. nupt. (5. 5.).

§. 457.

b) Wenn sie rescindirt wird: und zwar A) durch den Tod.

Wird das Eheband in der Folge aufgelöst, so müssen, wie es sich von selbst versteht, im Ganzen die Wirkungen desselben wegfallen; indefs bleibt nach Umständen Manches hievon übrig, auch treten manche neue Folgen ein. Wird A) die Ehe durch den Tod getrennt, so kann a) der Ueberlebende zur zweyten Ehe schreiten, und zwar nach dem Kanonischen Recht, nicht aber nach den Grundsätzen der Protestanten, ohne eine neue Einsegnung b); doch sind damit, und mit der Heirath der Wittwe innerhalb des Trauerjahrs mancherley Nachtheile verknüpft c). b) Beide Ehegatten beerben sich unter gewissen Umständen *ab intestato*. Die weitere Ausführung dieses Satzes unten in der Lehre vom Erbrecht.

§. 458.

Fortsetzung.

c) Die Frau behält den Rang und Gerichtsstand des Mannes, sofern sie nicht zur zweyten Ehe schreitet d), sich keine Unzucht zu Schulden kommen läfst e), und den gemeinen Gerichtsstand nicht durch Aenderung des Wohnsitzes aufgibt f). Auch kann sie d) die Sachen des Mannes retiniren, bis sie wegen ihrer Brautgabe befriedigt ist g).

§. 459.

Besonders über Rückgabe der dos.

Endlich kann e) nach Trennung der Ehe jeder Theil die, ihm gehörenden Sachen zurückfodern, und zwar, was zuvörderst die Brautgabe betrifft h), in den Fällen, da durch den Tod das Eigenthum der Frau wieder auflebt, sofern sie selbst

b) cap. 3. X. de secund. nupt. (4. 21.). I. C. Koch de secund. nupt. non benedicendis (opusc. iur. can. n. 5.).

c) S. oben §. 388. 399.

d) L. 22. §. 1. ad municip. (50. 1.).

e) Lauterbach coll. L. 23. T. 3. §. 88.

f) Glück Comm. §. 520. b. not. 38.

g) L. 29. C. de iure dot. (5. 12.). Hering de retent. in securitat. dotis permissa. Rost. 1745. G. N. Ittig de vidua usque dum ipsi satisfiat ex mariti bonis sustentandu. Vit. 1748.

h) P. Barbosa tr. ad Tit. solut. matr. Frkf. 1625. Fol. I. U. Stieber de repet. dot. Basil. 1728. I. H. Rais de repetit. dot. Giess. 1741. E. C. Westphal v. d. Anfall des Heyrathsg. nach getrennter Ehe. Hal. 1779.

oder ihr Stellvertreter klagt, durch die *rei vindicatio* i), oder die, an die Stelle der *actio rei uxoriae*, auch im Fall gänzlich fehlender Verabredung, als allgemeine Rückfoderungsklage gesetzte *actio ex stipulatu* k); sofern hingegen ein Dritter, d. h. Jeder, welcher die Tocher nicht unter seiner Gewalt hat, sich die Rückgabe bedung, durch die, aus dem Versprechen entstehende Klage l).

§. 460.

Wer kann sie verlangen?

Nicht immer kann die Frau selbst, oder allein die Brautgabe zurückfodern. Man unterscheide: I) die *dos adventitia* kann 1) von dem dritten Geber zurückgefodert werden, wenn er sich sofort bey Bestellung derselben diefs bedung m). 2) Ist diefs nicht der Fall, so fodert A) die lebende, der väterlichen Gewalt vor der Rückfoderung entlassene, Tochter die Brautgabe allein zurück, und wenn sie noch unter der Gewalt ist, der Vater mit Zustimmung derselben, oder sie selbst, wenn der Vater abwesend ist; ward aber B) die Ehe durch den Tod getrennt, so treten jetzt an die Stelle der Frau deren Erben n). Was II) die *dos profectitia* betrifft, so ist zu unterscheiden: 1) der Vater hat bey Bestellung der Brautgabe, oder auch nachher, aber vor Eingehung der Ehe, sich selbst, oder seinen Kindern die Rückgabe bedungen, oder erlaubt, dafs ein Andrer sich dieselbe bedinge: dann geht es nach dem Vertrage o). 2) Es ist diefs nicht der Fall. Dann ist weiter zu unterscheiden: A) die Tochter ist unter des Vaters Gewalt, und zwar a) lebend; dann fodert der Vater mit Zustimmung derselben die Brautgabe zurück p), welche dann nach der Rückfoderung, als Eigenthum der Toch-

i) L. 30. C. de iur. dot. (5. 12.).

k) §. 29. I. de act. (4. 6.) L. un. pr. §. 1. 2. C. de rei ux. act. (5. 13.).

l) L. un. §. 13. C. cit.

m) L. 29. §. 1. sol. matr. (24. 3.) L. un. §. 13. de rei uxor. act. (5. 13.).

n) L. 2. pr. §. 1. 2. L. 3. L. 30. §. 1. L. 31. §. 2. L. 35. sol. matr. (24. 3.) L. un. §. 6. 13. 14. cit.

o) L. 22. pr. L. 29. pr. h. t. (24. 3.) L. 23. 45. de pact. dotal. (23. 4.) L. 26. C. de iure dot. (5. 12.) L. 7. C. de pact. conv. (5. 14.).

p) L. un. §. 13. 14. C. de rei ux. act. (5. 13.) L. 2. §. 1. L. 3. h. t. (24. 3.) L. 3. §. 5. de minor. (4. 4.) L. 71. de evict. (21. 2.) L. 14. pr. ad L. Falcid. (35. 2.).

ter, bey einer neuen Ehe der Tochter wieder gegeben werden muſs, und nach des Vaters Tode der Tochter allein verbleibt q). Es kann jedoch der Vater die Tochter bey der Rückfoderung wegen schlechter Sitten ausschlieſsen; so wie die Tochter, wenn der Vater moralisch verdorben, oder nicht im Stande ist, sein Recht geltend zu machen, allein klagen kann r). Ist aber b) die Tochter gestorben, so klagt der Vater allein s). War dagegen B) die Tochter emancipirt, und lebte sie a) bey Trennung der Ehe, so hat sie allein, sonst aber b) wenn ihr Tod die Ehe trennt, der Vater ein ausschlieſsliches Klagrecht, und zwar nach den Gesetzen selbst dann, wenn die Tochter Kinder hinterlassen hat t). Lebt der Vater aber selbst nicht mehr, wenn die Tochter stirbt, so fällt die Brautgabe in diesen beiden Fällen unter A. B. auf deren Erben u).

§. 461.

Von wem? Der Beklagte ist bey Rückfoderung der Brautgabe Jeder, welcher sich dieselbe bestellen lieſs, oder sich wegen der Rückgabe verbindlich machte, und dessen Erbe, so wie Jeder, welcher die Brautgabe wirklich besitzt x).

§. 462.

Leistungen des Beklagten. Wird der Beklagte bloſs als Besitzer auf Herausgabe belangt, so kann natürlich nach Umständen nichts weiter von ihm gefodert werden, als was jeder Besitzer in gutem oder bösem Glauben leisten muſs. Ist er aber dazu besonders verpflichtet, so muſs er, 1) wenn die Sachen in sein volles Eigenthum über-

q) L. 2. §. 1. L. 3. L. 22. §. 1. 3. 6. h. t. (24. 3.) Nov. 97. c. 5.

r) L. 2. §. 1. 2. L. 3. L. 22. §. 1. L. 34. L. 37. eod.

s) L. 6. pr. de iur. dot. (23. 3.) L. 4. C. sol. matr. (5. 18.). L. un. §. 11. 14. C. de rei ux. act. (5. 13.). Voet L. 14. T. 3. §. 7.

t) L. 6. pr. de iure dot. (23. 3.) Dieser Satz veranlaſste schon unter den Glossatoren einen berühmten Streit, Savigny Gesch. d. R. R. 4. B. S. 83. 84., welcher bis jetzt fortgedauert hat. Vergl. besonders G. v. dem Busche exerc. qua dos profectit. vivo patre liberis ex filia emancipata in matrimon. mortua superstitibus iure communi vindicatur. Goett. 1749. Glück Erl. d. Pand., 27. B. S. 195—240.

u) arg. der, in not. q. r. cit. Gesetze.

x) L. 22. §. 12. L. 31. pr. L. 46. sol. matr. (24. 3.) L. 2. L. 9. C. eod. (5. 18.).

gegangen sind (§. 447.), die empfangenen fungibilen Sachen in gleicher Maſse und Güte, und für andre deren bestimmten Preis wiedergeben y). Hat er sich vorbehalten, den Werth oder die Sachen zu restituiren, und die letzten existiren noch, so kann er sich durch Herausgabe derselben, selbst wenn sie verschlimmert sind, befreyen z); auch kann die Insolvenz des Mannes die Frau berechtigen, die käuflich gegebenen Sachen zu vindiciren a). Sind aber 2) die Sachen *in specie* zu restituiren, so muſs A) die Hauptsache selbst mit allen Accessionen herausgegeben werden b). Ist sie ohne Schuld des Mannes abgenutzt, oder consumirt, so braucht er den Werth nicht zu geben c). Dasselbe findet nach dem Recht der Pandekten Statt, wenn die Frau Kleider als Brautgabe eingebracht hat d); welche Bestimmung e) Justinian nicht geändert hat, und auch nach seinen Grundsätzen über den sogenannten *Quasi-Ususfructus* der Kleider f) ohne Inconsequenz beybehalten konnte. Der Mann kann ferner B) wegen jedes, seiner Schuld beyzumessenden Schadens verantwortlich gemacht werden g). Endlich können C) 4 pct. Verzugszinsen, und die, über die Zeit der Ehe gezogenen Früchte von ihm gefodert werden h). Das Ende der Ehe ist der Punct, wo sein Recht auf die Früchte aufhört, der Augenblick der Bestellung der Brautgabe aber, oder, wenn sie vor der Ehe bestellt war, der Augenblick der Eingehung der Ehe, ist der Punct, wo es anfängt i).

y) L. 42. de iure dot. (23. 3.) L. 5. C. eod. (5. 12.).

z) L. 10. §. ult. L. 11. de iure dot. (23. 3.).

a) S. oben §. 447.

b) L. 10. §. 1. de iure dot. (23. 3.) L. 21. C. eod. (5. 12.).

c) L. 10. pr. §. 1. L. 17. de iur. dot. (23. 3.) L. 49. §. 1. solut. matrim. (24. 3.).

d) Eine solche datio vestiment. in dotem kann stattfinden, wie in L. 10. pr. de iure dot. (23. 3.). Das bloſse Mitbringen gehört aber noch nicht dahin. §. 440.

e) Sie steht L. 10. pr. de iure dot. (23. 3.); aber doch ist der Satz controvers. Vergl. Leyser Sp. 304. m. 3. 4. Hommel rhaps. Obs. 60. und dawider Pufendorf T. 1. Obs. 206. §. 17—21. Müller ad Leyser Obs. 301.

f) §. 2. I. de usufr. (2. 4.).

g) Vergl. oben §. 451.

h) L. 7. §. 1. 2. 3. L. 31. §. ult. sol. matr. (24. 3.) L. un. §. 9. C. de rei uxor. act. (5. 13.). Cuiac Obs. L. 14. c. 22. Suerin repet. lect. c. 32. (Otto Thes. T. 4.). Cocceii I. C. L. 24. T. 3. qu. 2.

i) L. 7. §. 1. de iure dot. (23. 3.) L. 7. §. 1. L. 11. L. 31. §. ult. solut. matr. (24. 3.). E. Schrader de divisione fructuum dotis. Helmst. 1805. Glück Erl. d. Pand. 27. B. S. 272—334.

§. 463.

Zeit der Einfoderung.

Ist über die Zeit der Rückgabe des Brautschatzes nichts ausgemacht, so können körperliche unbewegliche Sachen sofort, andre aber erst ein Jahr nach getrennter Ehe zurückgefodert werden, wenn der Mann Sicherheit leistet [k]). Die gemeine Behauptung [l]), daſs die Frau dafür, wenn sie es bedürfe, ein Jahr die Alimente aus der Masse fodern könne, ist, wenn die Früchte der Sachen nicht so viel betragen, offenbar widernatürlich.

§. 464.

Beweis des Klägers.

Die Rückfoderungs-Klage setzt aber vor allen Dingen den Beweis der Illation voraus, welche in manchen Fällen durch eine Handschrift des Mannes unumstöſslich dargethan werden kann [m]). Gegen die, denen der Mann etwas zu geben schuldig ist, kann aber eine solche Handschrift um so weniger etwas beweisen, da derselben nicht bloſs der Verdacht der Parteylichkeit für die Frau entgegen steht, sondern auch der entscheidende Umstand, daſs der Mann, als Nutznieſser der, nicht in seinen Concurs zu ziehenden Brautgabe, auf einen möglichen Fall eine solche Handschrift zu seinem eignen Vortheil ausstellt [n]).

§. 465.

Gegenfoderungen des Beklagten.

Der Beklagte kann aber auch unter Umständen mancherley Gegenansprüche machen. Nämlich 1) steht gewissen Personen die Wohlthat der Competenz zu [o]); auch kann 2) für manche Verwendungen Entschädigung gefodert werden. Man unterscheide: A) sind die Verwendungen und Auslagen auf die Früchte, und in Rücksicht derselben gemacht, so erhält der Beklagte keine Vergütung, wenn sie nicht auf

k) L. 24. §. 2. sol. matr. (24. 3.) L. un. §. 7. C. de rei uxor. act. (5. 13.).

l) Westphal v. Anf. des Heirathsg. §. 23. S. dagegen Glück Erl. d. Pand. 27. B. S. 270. 271.

m) Die Entwicklung dieser Sätze folgt unten in der Lehre von der Beweiskraft der Urkunden. S. überh. J. F. Ludovici de probatione illationis dotis. Hal. 1711. Glück a. a. O. S. 335—351.

n) Ueber die Ideen Anderer s. Struben 4. B. 107. Bed. Hommel Rhaps. Obs. 435. Müller ad Leyser Obs. 572. 573. Dabelow v. Concurs. 2. Aufl. S. 618.

o) S. oben §. 107.

die zu restituirenden Früchte gewandt sind p). B) Sind sie auf die Sache selbst gewandt, so sind sie entweder a) nothwendige. Diese werden dem Mann vergütet, wenn sie bedeutend q), und aufserordentlich waren, wie z. B. Procefs-Kosten r), nicht aber, wenn sie nach der Natur der Sache als etwas Gewöhnliches nöthig waren, um dieselbe zu erhalten s). Wegen der ersten kann der Beklagte entweder die Einrede der Compensation, oder Retention vorschützen t), oder nach Herausgabe des Brautschatzes als Bezahler einer Nichtschuld, als Geschäftsführer, oder, wenn er Auftrag hatte, als Bevollmächtigter dieselben klagend verfolgen u). Auch b) wegen der wirklich, aber nicht im Uebermafs, oder im Auftrage der Frau aufgewandten nützlichen Auslagen kann Vergütung gefodert werden x); aber der Beklagte darf sie nicht durch Einreden verfolgen, sondern ist unbedingt gehalten, die Sache herauszugeben, und sodann als Geschäftsführer oder Mandatar auf Entschädigung zu klagen y). Endlich kann c) wegen der zierenden Verwendungen, selbst wenn sie mit Willen der Frau gemacht sind, nichts gefodert werden, es sey denn, dafs die Frau der, dem Mann erlaubten unschädlichen Trennung derselben widerspräche, oder wegen derselben die Sache bey einem vorhabenden Verkauf besser ausbringen könnte z).

§. 466.

Rückfoderung andrer Sachen.

Wegen der übrigen Sachen mufs sich jeder Theil der gewöhnlichen Rechtsmittel bedienen a). Nur im Fall eines Diebstahls finden besondere

p) L. 3. §. 1. L. 13. L. ult. de impens. in rem dotal. (25. 1.). Maiansius de expens. in rem dot. fact. (Disp. T. 1.). Voet L. 25. T. 1. §. 5.

q) L. 12. eod.

r) L. 1. §. 3. eod. Wernher lect. c. L. 25. T. 1. §. 2. Müller ad Leyser Obs. 575. A. M. ist Leyser Sp. 321, m. 5.

s) L. 4. L. 15. eod.

t) L. 5. pr. §. 2. eod. L. 56. §. ult. de iure dot. (23. 3.) L. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13.). Glück a. a. O. S. 382—446. A. M. ist Voet l. c. §. 1. Valett Abh. 1. B. Götting. 1824. nr. 1.

u) L. 5. §. 2. L. 12. h. t. (25. 1.) L. 7. §. ult. solut. matr. (24. 3.).

x) L. 8. h. t. (25. 1.) L. 25. de pignor. act. (13. 7.).

y) L. un. §. 5. C. de rei uxor. act. (5. 13.). Cocceii I. C. L. 25. T. 1. A. M. ist in Betreff der Einrede der Compensation Lauterbach coll. L. 25. T. 1. §. 10.

z) L. 9. 10. 11. h. t. (25. 1.) L. un. §. 5. C. cit.

a) L. 9. §. 2. de iure dot. (23. 3.).

Grundsätze Statt. Geschah er 1) vor der Ehe, so findet nach Aufhebung derselben nur die *condictio furtiva* Statt [b]); geschah er 2) in der Ehe, und zwar in Erwartung der Ehescheidung, so haben der Bestohlne und dessen Erben die *actio rerum amotarum directa* [c]); geschah er hingegen in Erwartung des Todes, so stellt der Bestohlne selbst diese Klage *utiliter* an [d]); der Erbe desselben hat aber nur die *hereditatis petitio, actio ad exhibendum*, und *condictio ob iniustam caussam* [e]). Gegen den entwendenden Ehegatten geht die *actio rerum amotarum* auf Restitution der Sachen nebst Zubehör, oder deren Werth, ohne daſs er sich auf die Wohlthat der Competenz berufen kann [f]), gegen dessen Erben aber bey den Römern nur so weit, als der Diebstahl sie bereichert [g]); welches jetzt aber wegfällt [h]). Die *actio rerum amotarum* setzt aber die erfolgte Aufhebung der Ehe voraus [i]), den einzigen Fall abgerechnet, daſs wegen einer, dem Ehegatten entwandten fremden Sache geklagt wird [k]). Denn sonst ist es Regel, daſs während der Ehe nur die *actio in factum* oder *rei vindicatio* stattfindet [l]). Endlich sind 3) wegen eines, nach getrennter Ehe begangenen Diebstahls alle gewöhnlichen Rechtsmittel offen [m]).

§. 467.

B) Folgen nach Aufhebung der Ehe durch Ordensgelübde.

Wird die Ehe B) durch Eintritt in geistliche Orden aufgehoben, so ist es anzusehen, als ob sie durch den Tod getrennt wäre, das Vermögen des Recipirten fällt, wenn keine Kinder vorhanden sind, dem Kloster zu, der andre Theil aber fodert, wie bisher angegeben ward, seine Sachen zurück; auch kann er das, ihm auf den Fall des Todes Versprochene fodern, und zu einer zweyten Ehe schreiten [n]).

b) L. 3. §. 2. de act. rer. amot. (25. 2.). Glück a. a. O. S. 455—480.

c) L. 6. §. 3. L. 17. pr. eod.

d) L. 21. pr. eod.

e) L. 6. §. 5. L. 22. §. 1. eod.

f) L. 1. L. 3. §. 3. L. 17. §. 2. L. 21. §. ult. eod. L. 2. C. eod. (5. 21.).

g) L. 6. §. 4. D. L. ult. C. loc cit. Faber Err. pragm. D. 8. Er. 1. Glück Erl. d. Pand. 28. B. S. 13—24.

h) S. oben §. 68.

i) L. ult. D. eod.

k) L. ult. §. ult. C. de furt. (6. 2.).

l) L. 2. C. h. t. (5. 21.).

m) L. 3. pr. D. l. c.

n) L. 53. §. 3. L. 55. C. de

§. 468.

C) Folgen der Ehescheidung.

Hebt endlich C) eine richterliche Scheidung die Ehe auf *), so ist eben dadurch Alles, was vorhin als Folge der Ehe angegeben ward, vernichtet, und die, von den Gesetzen auf den Fall der Trennung durch den Tod den Ehegatten gegebenen Vorrechte können nicht weiter geltend gemacht werden. Auch versteht es sich von selbst, dafs Jeder sein Vermögen im Ganzen eben so, als ob der Tod die Ehe getrennt hätte, zurückziehen kann, so wie Alles, was er dem andern als Ehegatten versprochen hat. Nach Deutschen Sitten pflegt die Frau den Namen des Mannes zu behalten.

§. 469.

Besonders in Betreff des Schuldigen.

Es treffen jedoch den schuldigen Ehegatten mancherley Nachtheile. Nämlich 1) der unschuldige Theil kann, wenn es seine Religion erlaubt o), nach der Scheidung wieder heirathen, der schuldige hingegen nicht ohne besondere Dispensation p); auch sind 2) die Kinder bey dem unschuldigen auf Kosten dessen, dem an sich die Ernährungslast obliegt q), zu erziehen, sofern es der Richter nicht ungerathen findet. 3) Bey jeder muthwilligen **), und jeder, wegen Vergehen erlaubten Scheidung, auch wenn sie wegen vollgültiger Rechtsvermuthungen erkannt wird r), verliert die schuldige Frau zur Strafe die Brautgabe, der Mann die *donatio propter nuptias*, oder, wenn der-

episc. et clericis (1. 3.) Nov. 22. c. 5. Nov. 117. c. 10. Westphal v. Anfall d. Heirathsg. §. 10. Dabelow Eher. §. 331—333.

*) Die Scheidung von Tisch und Bett ändert im Ganzen die Rechtsverhältnisse nicht. Gottschalk discept. forens. T. 2. nr. 4.

o) Schnaubert Beytr. 1. Thl. 1. Abh. Schott Eher. §. 221.

p) Wernher P. 1. Obs. 204. Carpzov iurispr. consist. L. 3. Def. 271.

q) Nicht, wie man nach Auth. si pater. C. divortio facto (5. 24.) zu sagen pflegt: auf Kosten des Schuldigen. Nov. 117. c. 7. Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. S. 247—252. Glück Erl. d. Pand. 27. B. S. 103—107. Uebrigens kann die unschuldige Frau die Erziehungsgewalt über Adoptiv-Kinder ihres Mannes nicht bekommen, so wie über Kinder, welche unter der Gewalt eines höheren Ascendenten stehen. Archiv für civil. Prax. 8. B. 2. Hft. S. 181. 182.

**) Bey uns, wo Alles gerichtlich abzumachen ist, kann dieser Fall nicht vorkommen. Archiv für civil. Prax. 7. B. S. 269. 270.

r) Quistorp Beytr. n. 54. Glück a. a. O. S. 38. 39.

gleichen nicht da ist, $\frac{1}{4}$ des ganzen Vermögens; jedoch dann nie über 100 Pfund Goldes. Sind Kinder da, so darf der unschuldige Ehegatte, zum Besten der Kinder, über jenen Gewinn nichts verfügen, und empfängt ohne Vorbehalt des Dispositionsrechtes auf den Todesfall zum Vortheil eines der Kinder *), einen lebenslänglichen Nießbrauch; sonst aber das volle Eigenthum. Diese Strafe trit ein, der schuldige Theil mag nun einen Ehebruch, oder ein anderes Vergehen begangen haben [s]). 4) Hat die Frau einen Ehebruch begangen, so trifft sie außerdem die Strafe, daß sie ihr ganzes sonstiges Vermögen verliert. Die Kinder erhalten davon $\frac{2}{3}$, nach diesen die Ascendenten $\frac{1}{3}$; sonst fällt alles an das Kloster. Beging der Mann den Ehebruch, so verliert auch er sein Vermögen, und zwar zunächst zum Vortheil der De- und Ascendenten der ersten drey Grade. Nach diesen folgt der Fiscus [t]). 5) Beschuldigt der Mann die Frau fälschlich des Ehebruchs, so kann sie auch deßwegen, nach Römischem Recht, die Ehe trennen, und außer den allgemeinen Strafen der verschuldeten Scheidung noch $\frac{1}{3}$ des Werthes der *donatio propter nuptias* fodern, wenn keine Kinder da sind. Denn sonst fällt das ganze übrige Vermögen des Mannes den Kindern zu [u]).

*) L. 8. §. 7. C. de repud. (5. 17.) vergl. mit Nov. 22. c. 30. Nov. 98. c. 1. Nov. 117. c. 8. 9. Glück Erl. d. Pand. 27. B. S. 96—103.

[s]) L. 8. §. 4. 7. L. 11. C. de repud. (5. 17.) cap. 4. X. de donat. int. V. et U. (4. 20.). Darin hat Nov. 134. cap. 10. durchaus nichts geändert, und hätte sie es, so ist ihr cap. 4. cit. wieder entgegen. I. H. Boehmer de privat. dot. c. 1. §. 20. (exerc. T. 4. n. 63.). I. G. Siegel de bon. uxor. malitiose desertr. §. 8. Pufendorf T. 3. Obs. 122. T. 4. Obs. 240. A. F. Schott de uxore desertrice dote sua ex regula quidem, non semper tamen privanda. Lips. 1779. I. G. Henning vom Recht und Verlust des Vermögens der Frau bey erfolgter Scheidung durch Ehebruch und bösliche Verlassung. Wittenb. 1784. I. F. M. Kapf de effectu divortii quoad bona. Tub. 1792. C. F. Hayessen de divortio eiusque poenis. Heidelb. 1816. Glück Erl. d. Pand. 27. B. S. 1—35. 47—60. A. M. sind Mevius P. 7. Dec. 162. und der Vfssr. der Abh. Entscheidung der Frage, ob nach erfolgter Ehescheidung wegen Verweigerung der ehel. Pflicht die allg. in D. gelt. Rechte u. d. Prov. Ges. d. Hzthm Würtenb. den schuldigen Ehegatten mit dem Verlust des Heyrathsg. bedrohen. 1776.

[t]) Nov. 117. C. 8. §. 2. vergl. mit Nov. 134. cap. 10. cap. 10. X. de consuet. (1. 4.) cap. 4. X. de donat. int. V. et U. (4. 20.). Ueber den Gebrauch Hofacker T. 1. §. 493. not. a.

[u]) Nov. 117. cap. 9. §. 4.

§. 470.

Fortsetzung. Diese sogenannten Privations-Strafen können, als *vindictam spirantes*, nach allgemeinen Grundsätzen (§. 68.) weder durch die Erben, noch gegen die Erben des Schuldigen durch eine Klage verfolgt werden, wenn der verstorbene unschuldige Theil die Klage nicht schon präparirt hatte [x]; wohl aber können die Erben des unschuldigen sich durch Einreden im Besitz schützen [y]). Ueberhaupt aber fallen jene Strafen ganz weg, wenn der andre Theil selbst zu dem, die Scheidung bewirkenden Facto Veranlassung, oder Erlaubnifs gegeben [z]), wenn jeder sich gleich vergangen [a]), der unschuldige dem schuldigen verziehen [b]), oder in Verträgen die Strafe erlassen hat [c]); endlich wenn die Scheidung gegen den abwesenden Ehegatten ohne vollen Beweis der arglistigen Verlassung erkannt ist [d]), nicht aber, wenn der unschuldige dem schuldigen verziehen hat, wegen eines neuen Verbrechens desselben die Ehescheidung erfolgt, und wegen dieses letzten auf Privation geklagt wird [e]). Uebrigens können diese Strafen die, einem Dritten an der Brautgabe, oder *donatio propter nuptias* zustehenden Rechte nicht aufheben [f]).

§. 471.

Fortsetzung. Höchst wahrscheinlich haben die Gesetze jene Privations-Strafen (welche eben darum noch jetzt anwendbar sind) zum Theil mit defshalb festgesetzt, um den Unschuldigen wegen der, aus der Aufhebung der Ehe von selbst folgenden Aufhebung der gesammten Wirkungen derselben zu entschädigen, und man sollte daher den Unschuldigen, wie den Schuldigen, von allen übrigen, nur dem Ehegatten durch Gesetze oder Verträge bestimmten Vortheilen ausschliefsen. Allein die

x) L. 15. §. 1. sol. matr. (24. 3.). Mevius P. 7. Dec. 164. Glück a. a. O. S. 71—93.

y) cap. 4. X. de donat. int. V. et U. (4. 20.). Pufendorf T. 3. Obs. 122.

z) Pufendorf T. 4. Obs. 240. Hommel Rhaps. Obs. 609. Püttmann advers. L. 1. c. 8.

a) cap. 6. X. de adult. (5. 16.). Pufendorf T. 3. Obs. 123.

b) cap. 4. X. de donat. int. V. et U. (4. 20.) L. 13. §. 10. ad L. Iul. de adult. (48. 5.).

c) Schott a. a. O.

d) Schott a. a. O.

e) Leyser Sp. 313. m. 13. vergl. mit Müller Obs. 557.

f) L. ult. C. de repud. (5. 17.). Glück a. a. O. S. 42—46. A. M. ist Siegel l. c. §. 9. fgg.

Praxis weicht hievon oft ab, ohne daſs man jedoch über die Grenzen einig ist g); wiewohl es offenbar genug scheint, daſs Consequenz hier entweder Alles geben, oder Alles versagen muſs.

§. 472.

2) Verhältnisse in Betreff der Kinder.

2) In Rücksicht der Kinder begründet die Ehe Theils solche Rechtsverhältnisse, welche direct zwischen Aeltern und Kindern stattfinden, Theils solche, welche die Aeltern in Beziehung auf die Kinder gegen einander verfolgen. Von den ersten ist schon oben (§. 347—367.) gehandelt. Die letzten finden Theils während der Schwangerschaft, Theils nach der Geburt des Kindes Statt.

§. 473.

Während der Schwangerschaft.

Um das Unterschieben der Kinder zu verhindern, ist durch das *SCtum Plancianum* verordnet, daſs nach der Ehescheidung die Frau, welche sich für schwanger hält, dem Mann binnen 30 Tagen ihre Schwangerschaft anzeigen, und die, zu ihrer Aufsicht von demselben gesandten Personen bey sich behalten soll h). Leugnet, oder verbirgt sie die Schwangerschaft, so darf der Mann laut eines Rescripts von Antonin und Verus zu ihrer Besichtigung Hebammen schicken; doch ist er als Injuriant verantwortlich, wenn er es aus Chikane that i). Nach dem Tode des Mannes muſs die Wittwe vermöge des prätorischen Edicts allen, dabey interessirten Personen binnen 30 Tagen ihre Schwangerschaft anzeigen, und sich den, von denselben gewählten, im Edict genau bestimmten Vorsichtsmaſsregeln unterwerfen k). Dagegen kann die schwanger befundene Wittwe, wenn sie alles Wesentliche beobachtet hat l), verlangen, in dem Besitz des Vermögens des verstorbenen Mannes zu bleiben, um daraus die Alimente bis zur Geburt des Kindes zu ziehen, wel-

g) Vergl. z. B. Dabelow Eher. §. 337. Hofacker princ. T. 1. §. 494. Malblanc princ. §. 643.

h) L. 1. §. 10. L. 3. §. 1. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.). B. G. Struv de partu suppos. et custodia corp. femin. illustr. (iurispr. her. c. 5.).

i) L. 1. pr. §. 1—9. de inspic. ventr. (25. 4.).

k) L. 1. §. 10. fgg. eod.

l) L. 1. §. 10. fgg. L. 2. §. 1. eod.

che sie, auch wenn sie sich aus Versehen für schwanger gehalten hat, nicht zu vergüten braucht; nur darf sie keinen Andern arglistig in den Besitz mit aufnehmen m).

§. 474.

Nachher. Actio de partu agnoscendo.

Nach der Geburt des Kindes kann natürlich der Vater kraft seiner väterlichen Gewalt die, ihm in Rücksicht des Kindes zustehenden Rechte gegen Jeden schützen. Leugnet er dagegen, dafs das Kind von ihm sey, so mufs die Frau durch die *actio de partu agnoscendo* auf Anerkennung desselben dringen. Nicht in allen Fällen aber kann sie diese Klage anstellen, auch nicht immer ohne Beweis. Man unterscheide: I) Wird das Kind in der Ehe geboren, so geschieht diefs entweder vor, oder nach der gesetzlichen Zeit (§. 365.). In jenem Fall mufs die Frau bey Anstellung der Klage die Paternität beweisen, in diesem hingegen kann der Mann vermöge eines namenlosen SCti aus Hadrians Zeiten nur durch einen vollständigen Gegenbeweis sich der Anerkennung des Kindes entziehen n). II) Wird es nach getrennter Ehe geboren, so hat entweder 1) die Frau Alles gethan, was sie nach §. 473. beym Leben des Mannes nach getrennter Ehe thun mufs. Ist diefs, so hat entweder A) der Mann bey der Denunciation der Paternität widersprochen: alsdann braucht er das Kind nur insofern anzuerkennen, als es das seinige ist. Die Frau mufs mithin, wenn auch aus der, zur gehörigen Zeit geschehenen Geburt (§. 366.) die Vermuthung für die eheliche Geburt streitet, sich dennoch auf den Gegenbeweis des Mannes einlassen o). B) Er hat nicht widersprochen. In diesem Fall ist die *actio de partu agnoscendo* unumstöfslich wider ihn begründet; doch kann er gegen das Kind selbst sein Leugnen durchführen p). Hat aber 2) die Frau jene Vorschriften nicht beobachtet, so ist sie von jener Klage ganz ausgeschlossen; doch kann das Kind durch die *actio de filiatione affirmativa* selbst seine

m) Tit. Pand. si ventr. nom. in poss. missa (25. 5.). Tit. si mulier ventr. nom. in poss. calumn. causs. (25. 6.).

n) L. 1. §. 14. L. 3. §. 1. de agnosc. vel al. lib. (25. 3.) L. 6. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.).

o) L. 1. §. 4. eod.

p) L. 1. §. 4. 15. eod.

Rechte vertheidigen q). Man gestattet jetzt auch der Mutter eines unehelichen Kindes *utiliter* die *actio de partu agnoscendo* auf Alimente und Satisfaction r), so wie man in manchen Fällen, während die Klage anhängig ist, den Vater zur interimistischen Alimentation verpflichtet s).

§. 475.

3) Verhältnisse zu einem Dritten.

3) In Beziehung auf dritte Personen hat die Ehe nach gemeinem Recht nur die wenigen singulairen Folgen, dafs der Mann die, seiner Frau zugefügte Injurie eben so, als ob sie ihn selbst getroffen hätte, ahnden, als vermutheter Anwald für sie auftreten, auch überhaupt seine ehelichen Rechte durch dingliche und persönliche Klagen gegen Dritte verfolgen kann t), und dafs, wie unten weiter auszuführen ist, Intercessionen für den Mann in der Regel nichtig sind u). Sonst bleibt es bey den allgemeinen Grundsätzen. Contrahiren daher Mann und Frau, ohne dafs diese für jenen intercedirt, eine Schuld, so haftet jeder *pro rata*, und wenn beide zusammen etwas erwerben, wohin auch unbestimmt beiden gegebene Hochzeitsgeschenke *(dona nuptialia)* gehören, so haben beide theilweise Rechte daran x). Wer dagegen allein Selbstschuldner wird, ist allein verbunden. In Ansehung der, zum Zweck der Ehe contrahirten (ehegesellschaftlichen) Schulden y) kann man nach allgemeinen Grundsätzen (abgesehen von der Deutschen Gütergemeinschaft §. 437.) nur folgende Theorie auf-

q) L. 1. §. 6. 8. 11. 13. eod. Andre Ideen über diese Klage hat C. Gmelin über die Präjudicial-Klage de partu agnoscendo. Erl. 1781. 8. §. 15. fgg. Allein s. Deutsche Bibl. Anhang zu B. 36—57. 1. Abth. S. 108—109.

r) Schmidt v. d. Kl. u. Einr. §. 394—398.

s) Leyser Sp. 323. m. 1. 2. Müller Obs. 578. 579.

t) L. 2. de iniur. (47. 10.). Lauterbach coll. L. 23. T. 2. §. 84.

u) Nov. 134. c. 8.

x) L. 17. ad SCt. Vellei. (16. 1.). Weber Beytr. z. d. Lehre v. d. Kl. u. Einr. 1. St. nr. 2. not. 3. Emminghaus ad Cocceii I. C. L. 16. T. 1. qu. 6. P. Müller de dono nuptiali. Ien. 1683. Viteb. 1746. M. F. Lochner de donis nupt. Alt. 1748. Lauterbach L. 23. T. 3. §. 47. Leyser Sp. 306.

y) W. A. Lauterbach de aere alien. in societat. coniug. contr. solvendo. Vit. 1740. C. L. Crell de aere alieno uxoris viduae ex dote omn. bonor. exsolv. Vit. 1743. C. G. Gmelin de obligat. uxor. ad solvend. debita a coniug. contr. Tub. 1785.

stellen: 1) contrahirt der Mann solche Schulden, so ist er allein zu belangen, und es findet gegen die Frau keine *actio de in rem verso* Statt, weil der Mann die Lasten der Ehe zu tragen hat; es sey denn, daſs er in einem Augenblick etwas aufnahm, da wegen seiner Armuth die Frau ihn und die Kinder zu ernähren schuldig war z). Hat hingegen 2) die Frau contrahirt, und das Erhaltene zum Zweck der Ehe verwandt, so kann gegen sie als Contrahentin geklagt werden, wenn nicht nach der Lage der Sache das Geschäft als Intercession zu behandeln ist a); gegen den Mann hingegen hat, sofern er bereichert ist, die *actio de in rem verso* Statt. Auf die Sachen der Frau, deren Genuſs der Mann hat, kann wegen eines Contracts der Frau nur insofern die Execution gerichtet werden, als die Frau rechtlich verbunden war, das Geschäft zum Zweck der Ehe einzugehen b).

§. 476.

II) Folge der Ehe bey besondern Verabredungen. Eintheilungen.

II) Die, durch die Gesetze als Folgen der Ehe angeordneten Verhältnisse können durch Verträge mannigfaltig modificirt und geändert werden, und zwar von den Ehegatten vor, oder nach Eingehung der Ehe, sofern sie im letzten Fall keine verbotene Schenkung enthalten; vom Vater oder einem Dritten aber nur in den bereits angegebenen Zeitpuncten c). Werden sie bloſs über persönliche Verhältnisse der Ehegatten geschlossen, so nennt man sie *pacta nuptialia*; betreffen sie hingegen die *dos* oder *donatio propter nuptias*, so heiſsen sie *pacta dotalia* d), unter welchem letzten Ausdruck man jetzt auch die, auf Erbschaften sich beziehenden Verträge begreift. Ein, über jene aufgenommenes Instrument heiſst *instrumentum nuptiale*; betrifft es hingegen die letzten, so wird es *instrumentum dotale* (Ehezärter) genannt e).

z) Die Beweise liegen in §. 374.

a) L. 8. §. 14. ad SCt. Vellei. (16. 1.).

b) Leyser Sp. 302. m. 15. 16. vergl. mit Müller Obs. 534.

c) S. oben §. 460. und Voet L. 23. T. 4. §. 1. Lauterbach coll. eod. Tit. §. 6. Ueberhaupt: S. F. Willenberg de pactis antenuptialibus. Ien. 1729.

d) Vinnius ad §. 13. I. de nupt.

e) Bey den Römern war die Terminologie wohl nicht so scharf. L. 65. de iudic. (5. 1.) L. 48. solut. matr. (24. 3.) L. 11. L. 12.

§. 477.

Wer kann Eheverträge schliefsen?

Die Personen, welche Verträge jener Art errichten können, sind die Ehegatten selbst, deren Väter, und sonstige dritte Personen. Die Verträge des Vaters haben auch hier das Besondere, dafs, wenn er die Rückgabe des Brautschatzes einem andern seiner Kinder bedingt, dieses aus dem Vertrage des Vaters ein Klagrecht erhält f).

§. 478.

Welche äufsere Form müssen sie haben?

Im Ganzen können Eheverträge ohne alle äufsere Form durch blofse Einwilligung eingegangen werden g), selbst stillschweigend, welches z. B. bey Wiedererneuerung der Ehe in Rücksicht der vorhin geschlossenen Eheverträge oft angenommen wird h). Nur dem Mann ist es zur Pflicht gemacht, wenn er etwas aus Eheverträgen gewinnen will, die, von ihm der Frau ausgesetzte *donatio propter nuptias*, sofern sie 500 Solidos übersteigt, gerichtlich anzuzeigen i). Auch versteht es sich von selbst, dafs, wenn Eheverträge ein, überhaupt von Jedem förmlich zu errichtendes besonderes Geschäft, z. B. eine *donatio mortis caussa*, oder eine 500 Aureos übersteigende Schenkung unter Lebenden enthalten, dafs alsdann die blofse Einwilligung nicht hinreichen kann k).

§. 479.

Beschränkung des Inhalts derselben.

Was den Inhalt der Eheverträge, welche, wie alle Verträge, also auch im Zweifel in Gemäfsheit des particulairen Rechts auszulegen sind l), betrifft, so dürfen sie 1) den Rechten dritter Personen keinen Eintrag thun, wenn diese nicht selbst, ausdrücklich oder stillschweigend, ein-

C. de nat. lib. (5. 27.) Nov. 74. c. 4. §. 1. Glück Erl. d. Pand. 25. B. S. 330—333.

f) L. 9. 10. h. t. (23. 4.) L. 45. sol. matr. (24. 3.) L. 26. C. de iure dot. (5. 12.) L. 4. 7. C. de pact. convent. (5. 14.). Glück Erl. d. Pand. 25. B. S. 367—372.

g) L. un. §. 1. §. ult. C. de rei ux. oct. (5. 13.) L. 6. C. de dot. prom. (5. 11.) L. 15. C. de iure dot. (5. 12.). Leyser Sp. 307. m. 3. 4.

h) S. oben §. 440.

i) Nov. 127. c. 2. Leyser Sp. 310.

k) L. 25. C. de donat. int. V. et U. (5. 16.).

l) C. H. de Berger disq. utrum et quousque pacta dotalia ex statutis sint interpretanda ac supplenda. Viteb. 1722.

willigen m). 2) Sie dürfen dem nicht widerstreiten, was die Gesetze als Wesen der Ehe ansehen, und selbst eine eidliche Bestärkung ist hier ohne Kraft n). Ferner sind sie 3) ungültig, wenn sie den guten Sitten, und beide Theile verpflichtenden gesetzlichen Vorschriften, widerstreiten, wohin der Vertrag gehört, daſs der Mann seinen Wohnsitz nicht ändern o), der Gewalt seiner Frau unterworfen p), daſs beiden Theilen eine verbotene Schenkung erlaubt seyn q), oder der Mann die Wohlthat der Competenz nicht haben solle r). 4) Daſs der Mann die Brautgabe auf den Fall des Todes der Frau erhalten solle, kann bedungen werden, nicht aber, daſs die Frau bey ihrem Leben irgend an ihren Rechten Gefahr laufe, oder etwas davon verliere. Ungültig ist daher der Vertrag, daſs die Brautgabe der lebenden Frau dem Mann oder dessen Erben zufallen s), daſs sie später, als es nach den Gesetzen (§. 461.) erlaubt ist, zurückgefodert t), oder daſs der Mann nur wegen einer Arglist verantwortlich werden solle u). Gewinnt der Mann etwas durch erlaubte Dotal-Verträge, so gebührt doch den Kindern immer die Proprietät *). Umgekehrt dürfen aber auch 5) die Rechte des Mannes nicht fruchtlos gemacht werden, z. B. durch den allgemeinen Vertrag, daſs er während der Ehe die Brautgabe nicht erhalten x), daſs er sie während der Ehe restituiren, oder sich der Benutzung derselben begeben, und die, ihm nach den Gesetzen zu erstattenden nothwendigen Auslagen nicht vergütet erhalten solle y). Auch ist 6) jeder Vertrag nichtig, welcher in Betreff der Gröſse, und des Erwerbes der *dos* und *donatio propter nuptias* eine Ungleich-

m) Leyser Sp. 309. m. 4. Ayrer de legit. parent. pact. dotal. exclus. Goett. 1748.

n) cap. ult. X. de condit. appos. (4. 5.) c. 19. 24. C. 27. q. 2. cap. 1. 3. X. de convers. coniug. (3. 32.) cap. 24. X. de iureiur. (2. 24.).

o) S. oben §. 438. not. z.

p) Voet L. 23. T. 4. §. 20. Huber prael. eod. §. 4.

q) L. 22. L. 28. h. t. (23. 4.).

r) L. 14. §. 1. sol. matr. (24. 3.).

s) L. 2. L. 12. pr. L. 26. §. 2. h. t. (23. 4.) L. 3. 6. 7. C. de pact. conv. (5. 14.). Glück Erl. d. Pand. 27. B. S. 193. 194.

t) L. 14. 15. 16. 17. D. h. t. (23. 4.).

u) L. 6. eod.

*) Nov. 98. c. 1.

x) L. 11. 12. §. 1. eod. L. 33. de pact. (2. 14.).

y) L. 4. L. 5. §. 2. L. 11. h. t. (23. 4.) L. 21. §. 1. de donat. int. V. et U. (24. 1.).

heit festsetzt, indem vielmehr das, was in Betreff der einen bestimmt ist, sofort auf die andre gezogen wird z); doch hält man sich jetzt nicht mehr an diese Vorschrift gebunden a).

§. 480.

Pacta mixta und simplicia.

Das Römische Recht, welches überhaupt keine Erbverträge kennt, verbietet auch dergleichen in Eheverträgen b), erlaubt aber den Ehegatten, wie jedem Andern, sogenannte *donationes mortis caussa* c). Da das Deutsche Recht überhaupt Erbverträge gelten läſst, so muſs nun auch in Betreff der Ehegatten der erste Satz, als Folge des aufgehobenen Princips, bey uns wegfallen, und die Eheverträge können demnach nicht bloſs eine Römische *donatio mortis caussa*, sondern auch einen Deutschen Erbvertrag enthalten. In jenem Fall nennt man sie *pacta dotalia mixta*, in diesem *simplicia* d). Beide sind sehr verschieden. Bey den letzten ist der bloſse Consens hinreichend; die ersten hingegen erfodern die Förmlichkeiten der Römischen *donatio mortis caussa* e). Die *simplicia* begründen ein Erbrecht, die *mixta* nur eine *successio singularis*. Bey den letzten muſs sich also der Beschenkte als Legatar behandeln lassen, während er dort alle Vortheile eines Erben genieſst f), aber auch dafür im Zweifel, so weit er durch den Vertrag gewinnt, den Vortheilen entsagen muſs, welche ihm das gemeine Recht und Statute auf den Fall der Intestat-Erbfolge angewiesen haben g). Die *mixta* endlich sind immer

z) L. 9. 10. C. h. t. (5. 14.) Nov. 97. c. 1.

a) Leyser Sp. 305. m. 5.

b) L. 15. C. de pact. (2. 3.) L. 5. C. de pact. convent. (5. 14.) L. 3. C. de collat. (6. 20.).

c) L. 9. §. 2. L. 10. L. 11. pr. de don. int. V. et U. (24. 1.).

d) A. L. Hombergk zu Vach de origine atque indole distinct. pact. dotal. in simplicia et mixta. Marb. 1749. Wernher lect. c. L. 23. T. 4. §. 1. 2. Viele verwerfen ohne Grund die mixta mit P. I. Grau spec. sist. mixturam incongr. iur. Rom. et Germ. in practicor. distinct. pact. dotal. in simplic. et mixta. Marb. 1744. G. I. de Buinink error. pragm. circa dist. pact. dotal. in simpl. et mixta. Colon. 1770. Struben 2. B. 63. Bed. Hommel rhapsod. Obs. 303. Müller ad Leyser Obs. 548.

e) Leyser Sp. 310. Struben 2. B. 63. Bed. 4. B. 166. Bed. Gottchalk discept. for. c. 12.

f) I. H. Boehmer de success. hered. coniug. ex pact. dotal. cap. 2. §. 10.

g) Für den beschränkten Satz des Compendii enthält eine starke Analogie die Justinianeische Succes-

widerruflich h); die *simplicia* hingegen, vermöge der allgemeinen Natur eines Vertrages, nicht i); jedoch nur in der Regel, wenn nicht ein Anderes verabredet ist k). Für die *simplicia* streitet so lange die Vermuthung, bis klar die entgegenstehende Absicht erwiesen ist l).

§. 481.

Wann erlöschen sie?

Die Eheverträge verlieren ihre Gültigkeit, 1) wenn die Ehe nicht erfolgt m), oder durch Scheidung getrennt wird; nur ist es hier wieder streitig, welchen Schaden der Schuldige leidet n)? 2) Durch einseitigen Widerruf, nämlich die *mixta* unbedingt, die *simplicia*, sofern ein Theil ihn sich vorbehalten hat o). 3) Wenn Kinder geboren werden, welche in denselben nicht bedacht sind; jedoch können sie dadurch nur bis auf den Pflichttheil der Kinder ungültig werden p). Die, welche eine Zurückrufung der Schenkung überhaupt wegen Nachgeburt eines Kindes erlaubt halten, müssen sie dann auch hier gleichfalls gestatten.

Zweytes Capitel.

Ueber die Legitimation.

§. 482.

Begriff. Ursprung.

Um dem Concubinat entgegen zu arbeiten, erfand Constantin das, jetzt sogenannte In-

sion der armen Wittwe (§. 689.); doch sind hier die Meynungen sehr getheilt. C. F. Walch de renunciat. port. statutar. tacita. Ien. 1760. Pufendorf T. 4. Obs. 53. Müller ad Leyser Obs. 549. Struben 2. B. 100. Bed. Gottschalk discept. for. T. 2. c. 1. Glück Erl. d. Pand. 25. B. S. 380—382.

h) L. 2. L. 32. L. 35. §. 4. de mort. c. don. (39. 6.). Carpzov P. 2. C. 43. Def. 10.

i) Wernher P. 1. Obs. 103.

k) Diefs widerstreitet der Natur eines reinen Vertrages nicht. Tit. P. de in diem addict. (18. 2.).

l) Hellfeld iur. for. §. 1248. Hofacker princ. T. 1. §. 533.

m) Wernher P. 7. Obs. 173.

n) Vergl. oben §. 471. mit Stryk de cautel. contr. Sect. 3. c. 8. §. 45.

o) L. A. Lauthen de pactor. nuptial. revocat. licita et illicita. Helmst. 1768. F. G. Zoller utrum pact. dotal. invit. altera parte revocar. poss. Lips. 1770.

p) arg. L. 2. 3. 4. 5. 7. C. de inoffic. donat. (3. 29.). Hommel rhaps. Obs. 203. 500. I. F. Eisenhard de pact. dotal. ob supervenient. liberor. non toll. Helmst. 1764. Viele sind indefs a. M. Glück Erl. d. Pand. 25. B. S. 384—389.

stitut der Legitimation durch die Ehe, vermöge dessen Concubinen-Kinder der Gewalt ihres natürlichen Vaters unterworfen wurden, wenn er eine förmliche Ehe mit ihrer Mutter schlofs. Nach mancherley Abwechselungen ward diefs, Anfangs nur auf eine gewisse Zeit eingeführte Institut eine immerwährende Erwerbungs-Art der väterlichen Gewalt q), blieb jedoch, wegen seines Zwecks, nicht aber weil die Kaiser hier innerhalb der Grenzen der Fictions-Möglichkeit stehen bleiben wollten r), auf Concubinen-Kinder beschränkt. Weiter ging Theodos d. J., indem er dem *pater naturalis* die väterliche Gewalt ertheilte, wenn er seinen natürlichen Sohn zur Annahme des Decurionats bewege, oder seine natürliche Tochter an einen Decurio verheirathe (*legitimatio per curiae dationem*) s); und Justinian führte endlich die Legitimation durch ein Rescript des Regenten ein t), verbot aber zugleich die, nur bürgerliche Verwandtschaft, und minder feste Verhältnisse begründende Arrogation der Cuncubinen-Kinder u). Nach dem Aufhören des Concubinats im neueren Europa mufste man entweder die Legitimation ganz fallen lassen, oder sie auf andre Arten unehelicher Kinder ziehen. Das Letzte geschah x). Da nun aber die Arrogation der, aus einem verbotenen Beyschlaf erzeugten Kinder nirgend untersagt ist, und diese jetzt mithin sowohl durch Legitimation, als Arrogation, der väterlichen Gewalt unterworfen werden können: so bleibt es charakteristisches Merkmal der Legitimation, dafs sie unehelichen Kindern die vollen Rechte ehelich geborner Kinder ertheilt.

q) Vergl. L. 5. 6. 7. C. de natural. lib. (5. 27.) Nov. 78. c. 4. und überhaupt: Jordens Diss. duae de legitimatione (in Fellenberg iurispr. ant. T. 2.). Hotomannus de spuriis et legitimis (op. T. 1.). C. Thomasius de usu pract. doctrinae de legitimatione. E. A. L. Eisenhart de legitim. liber. illeg. praesert. sec. ius Germ. Helmst. 1786.

r) Jordens l. c. Diss. 2. c. 2. I. I. Prehn ob die Legitimation sich in einer Römischen Erdichtung gründe? Rostock 1777. Meine Versuche. 1. B. n. 10.

s) L. 3. 4. C. de nat. lib. (5. 27.).

t) Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9. C. H. Hiller D. qua legitim. per rescr. princ. Iustiniano tanquam auctori et invent. vindicatur. Tub. 1723.

u) Nov. 89. cap. 11. §. 2.

x) Cap. 6. X. qui fil. sint legit. (4. 17.).

§. 483.

Arten. Form.

Nachdem die *Legitimatio per Curiae dationem*, durch Aufhören ihres Objects Antiquität geworden ist, gibt es nur noch zwey Arten, nämlich Legitimation durch Ehe und ein Rescript y). Die erste findet Statt, auch wenn der Vater eheliche Kinder hat z); und da die Ehe sich bey uns durch ihre Solennien genug charakterisirt, so hält man sich an die Römische Vorschrift, daſs bey einer solchen Ehe *pacta dotalia* errichtet werden sollen a), nicht mehr gebunden b). Es muſs jedoch eine wahre Ehe geschlossen seyn c). Die Legitimation durch ein Rescript soll nach Justinians Vorschrift nur stattfinden, wenn der Vater die Concubine nicht heirathen kann, und keine ehelichen Kinder hat d); allein Beides wird jetzt nicht mehr befolgt e). In Deutschland konnte sie vormals nachgesucht werden entweder bey dem Kaiser, oder einem *comes palatinus*, als Stellvertreter desselben f), oder bey dem Territorial-Regenten, dessen Concession man jedoch (freilich ohne Grund) auſserhalb des Landes keine Kraft beyzulegen pflegte g).

§. 484.

Fortsetzung.

Zu jeder Legitimation gehört nicht allein die Einwilligung der natürlichen Aeltern h), sondern auch der Kinder, und zwar die Zustimmung der letzten

y) Manche nehmen noch vermöge Nov. 117. c. 2. eine legitimatio per nominationem filii an. Allein es ist hier bloſs von Präsumtionen die Rede. Jordens l. c. cap. 5. §. 1. fgg. Ueber die sogenannte legitimatio per testamentum s. §. 484.

z) Nov. 89. c. 11.

a) L. 6. 10. 11. C. de nat. lib. (5. 27.) Nov. 12. cap. 4. Nov. 17. cap. ult. Nov. 89. c. 8. Jordens l. c. cap. 3.

b) Stryk U. M. L. 1. T. 6. §. 10.

c) Irrige Begriffe über die sponsalia de praesenti haben Mevius P. 2. Dec. 81. veranlaſst, der Verlobung die Kraft der Legitimation beyzulegen. Püttmann miscel. Sp. 1. c. 4.

d) Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9.

e) Stryk l. c. §. 16. 17.

f) M. H. Griebner de iure legitimand. com. palatin. in territ. princ. imper. ed. 2. Viteb. 1720. (op. T. 1. S. 2.). Adlige zu legitimiren hielt man für ein Reservat des Kaisers. Struv synt. L. 1. T. 6. §. 54.

g) Idem de iure legitimandi princ. imper. (op. T. 1. S. 1.). Stryk de iure princ. extra territor. cap. 3. n. 133. fgg.

h) L. 11. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.) L. ult. C. de natural. lib. (5. 27.).

selbst bey der Legitimation durch die Ehe [i]). Die übrigen Verwandten brauchen im Ganzen gar nicht, und bey der Legitimation durch ein Rescript nur insofern einzuwilligen, als der Legitimirte in das Verhältnifs eines Notherben zu ihnen kommen soll [k]). Bey der Legitimation durch ein Rescript mufs in der Regel der Vater selbst das Rescript nachsuchen; ist er indefs darüber weggestorben, und hat er im Testament erklärt, dafs er die natürlichen Kinder zu seinen ehelichen Kindern haben wolle, so können diese selbst ein Rescript des Regenten auswirken [l]). Diese Unterart der Legitimation durch ein Rescript wird von Vielen als Hauptart *Legitimatio per testamentum a principe confirmatum* genannt [m]).

§. 485.

Wer wird legitimirt? Durch die Legitimation können jetzt alle Arten unehelicher Descendenten, also nicht blofs *spurii*, sondern auch *incestuosi* und *adulterini* legitimirt werden, selbst durch nachfolgende Ehe, wo der Vater gewifs ist, und wo die Ehe wirklich erfolgt, doch fällt bey *adulterinis* die Legitimation durch Ehe weg [n]); auch kann der legitime Sohn eines illegitimen Sohnes nur durch Legitimation des letzten unter die Gewalt seines Grofsvaters kommen [o]).

§. 486.

Wirkungen. Die Legitimation, mit Ausnahme der, *per curiae dationem* [p]), hat die Wirkung, dafs die legiti-

i) Nov. 89. cap. 11. pr. Auch steht dem nicht entgegen Nov. 74. praef. §. 2. cap. 6. X. qui filii sint legit. (4. 17.). Jordens l. c. cap. 1. A. M. ist Thomasius ad Strauch Diss. 4. Th. 13.

k) arg. L. 6. 7. de adopt. (1. 7.). Ludolf Obs. 263. G. P. Kohl de success. ab intest. per rescr. legitimat. Goett. 1800. §. 2.

l) Nov. 74. cap. 2.

m) Glück Comm. §. 143.

n) cap. 1. 6. X. qui filii sint legit. (4. 17.). E. Schrader Abh. aus dem Civilrecht. 1. B. n. 1. A. M. ist I. H. Boehmer de legitimat. ex coitu damnat. nator. §. 18—25. F. C. Schweickart de matrimonii vi in liberis adulterinis legitimandis. Regimont. 1823.

o) §. 13. I. de nupt. (1. 10.) L. 5. 10. C. de nat. lib. (5. 27.). Jordens l. c. cap. 4. A. M. ist Schulting enarrat. P. L. 1. T. 6. §. 10.

p) L. 9. C. de natural. lib. (5. 27.) Nov. 89. c. 2.

mirten Kinder rückwärts betrachtet werden, als ob sie bey ihrer Geburt legitim gewesen seyen q). Sie haben daher auch ein volles Erbrecht in dem Vermögen aller derer, welchen sie als wirklich ehelich geborne Kinder würden succedirt haben r), und diefs selbst dann, wenn zur Zeit der Legitimation eheliche Kinder vorhanden waren, die Legitimation mochte nun durch Ehe geschehen, oder durch ein Rescript, sofern nämlich im letzten Fall dem Regenten das Daseyn der ehelichen Kinder bekannt war s). Nur die Rechte kann man ihnen absprechen, welche Verträge oder Gesetze namentlich den, wirklich in der Ehe gebornen, nicht aber den, erst nachher legitim gewordenen Kindern einräumen, wohin das Recht, in Lehen zu succediren, gehört t), nicht aber schlechthin das Recht der Erstgeburt, oder das Recht, in Fideicommisse zu succediren u), und bey dem (ehemaligen) Reichs-Cammergericht als Assessor angestellt zu werden x).

§. 487.

Legitimatio minus plena.

In Deutschland hat man von jeher eine, von Gilden und Zünften ausschliefsende Makel in der unehelichen Geburt zu finden geglaubt. Diese wird denn durch die Legitimation zugleich gehoben y).

q) L. 10. C. de nat. liber. (5. 27.) Nov. 12. c. 4.

r) Irrig schliefst Boehmer I. D. L. 1. T. 6. §. 17. die legitimatos per rescriptum von der Erbschaft der Verwandten des Vaters aus. Seine Allegate, nämlich Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9. sind grade dawider.

s) G. H. Ayrer de rescripto legitimat. prius. plenissimum effectum tribuente legitimi licet liberi extent. Goett. 1743. Kohl l. c. §. 3. fgg. vergl. mit Lauterbach coll. L. 1. T. 6. §. 31. A. M. ist G. S. Madihn de legitime natorum port. legitima in success. cum legitimis. Hal. 1755. und noch strenger Pufendorf T. 1. Obs. 241.

t) II. Feud. 26. §. naturales. I. G. Bauer de success. legitimat. per nupt. exsule in feudis. Lips. 1734. (op. T. 2. n. 52.). E. F. Schorcht die Unfähigkeit der Mantelkinder zur Lehnfolge. Jen. 1780. Pufendorf T. 1. Obs. 90. A. M. ist I. F. Schneider de success. legitim. in feud. Hal. 1707. I. L. I. Greineisen de success. in feud. filiis per subs. matr. legitimand. haud deneganda. Ien. 1774. (B. F. R. Lauhn) die Erbfolge der Mantelkinder sammt Schild und Helm. 1777.

u) Cocceii I. C. L. 1. T. 6. qu. 14. A. M. ist mit Vielen Hellfeld iur. for. §. 146.

x) Die K. G. O. P. 1. T. 3. §. 2. steht dem nicht entgegen. G. M. a Rodach Tr. de comit. palatin. cap. 3. A. M. ist Mynsinger P. 6. Obs. 31.

y) S. oben §. 246. Lauter-

Auch hat man bloſs zu dem Zweck, um diese Makel zu vertilgen, die sogenannte *legitimatio minus plena*, welche keine Kindesrechte ertheilt, und daher der Einwilligung des Vaters nicht bedarf z), erfunden. Die Römische Legitimation wird derselben unter dem Namen *Legitimatio plena* entgegengesetzt.

Drittes Capitel.

Ueber die Adoption.

§. 488.

Arten der Adoption.

Vor Einführung der Legitimation konnte man bey den Römern alle Arten der Kinder durch Adoption im weitesten Sinn, d. h. durch Annahme an Kindes Statt a), unter seine Gewalt und in bürgerliche Verwandtschafts-Verhältnisse bringen, sie mochten *sui iuris* seyn (*arrogatio*), oder *alieni iuris* (*adoptio s. str.*) b). Später erlaubte man auch den Weibern, ohne Unterschied, ob sie verheirathet waren, oder nicht, wenn sie natürliche Kinder hatten, eine Adoption, welche jedoch keine väterliche Gewalt, sondern nur andre, bey einem Weibe mögliche Kindesverhältnisse begründen konnte c). Endlich verordnete Justinian in Betreff der eigentlichen Adoption der Männer, daſs nur dann dadurch die väterliche Gewalt begründet werden solle, wenn Jemand sein leibliches Kind einem Ascendenten, oder einen, nicht zu seinen Intestaterben gehörenden Descendenten *in adoptionem* gebe; daſs hingegen in den andern Fällen das Kind bloſs als Intestaterbe und *suus* dem neuen Vater succedire, sonst aber in seiner

bach coll. L. 1. T. 6. §. 25. Thomasius l. c. cap. 1. §. 3.

z) Wernher T. 1. P. 3. Obs. 49.

a) Conynenberg de adopt. Franeq. 1736. A. Faber de iurispr. Papin. T. 10. C. 1. Thomasius de usu pract. Tit. I. de adopt. Hal. 1714. I. C. Schrader de adopt. iure civil. et morib. germ. usitatis. Ien. 1703. C. W. Schmitt die Lehre von der Adoption. Jena 1825.

b) §. 1. I. h. t. (1. 11.) L. 1. §. 1. h. t. (1. 7.). Jordens de legitimat. Diss. 1. c. 6. §. 1.

c) §. 10. I. eod. L. 5. C. h. t. (8. 48.). Struben 2. B. 62. Bed. Ohne gesetzlichen Grund gibt nur den Wittwen das Recht zu adoptiren Schrader l. c. p. 45.

bisherigen Lage bleibe d). Im letzten Fall nennt man die Adoption der Männer *minus plena*, in jenem *plena*. Es läfst sich jetzt also die Adoption im allgemeinen Sinn nur durch die unbestimmte Beschreibung bezeichnen, dafs sie die Handlung ist, durch welche Jemand in bürgerliche Kindesverhältnisse gesetzt wird, in denen er vorhin nicht war. Unter dem Ausdruck Kindesverhältnisse sind hier auch Verhältnisse eines Grofssohns, Aeltersohns u. s. w. zu verstehen e). Eine sogenannte Adoption an Bruders und Vaters Statt enthält nur im Ausdruck etwas Sonderbares. Denn in der Sache selbst läfst es sich sehr gut denken, dafs Jemand durch ein Rescript des Regenten, oder Erbverträge in Verhältnisse eines Bruders oder Vaters gebracht werden kann f).

§. 489.

Wer kann adoptiren, und wen? Die Adoption im Allgemeinen ist Jedem erlaubt, welchem sie die Gesetze nicht untersagen, also auch dem, welcher nicht heirathen, aber doch in älterlichen Verhältnissen stehen kann, wie z. B. einem katholischen Weltpriester g). Dafs die Römer hier auf Fictionen etwas gebauet haben, läfst sich nicht erweisen h). Aus politischen Gründen, und zum Besten des Kindes ist jedoch 1) den Castraten (§. 232.) die Adoption untersagt, während sie den übrigen Impotenten erlaubt ist i), und zwar Jenes und Dieses unbedingt k). Eben so wenig darf 2) der, welcher schon Kinder unter seiner Gewalt hat, adoptiren, sofern nicht wichtige Gründe eine Ausnahme gestatten sollten l). 3)

d) L. 10. C. eod. Grolman u. Löhr Magaz. 3. B. 3. Hft. nr. 10. Zum Theil a. M. ist Schmitt a. a. O. S. 50—54.

e) L. 10. 11. h. t. (1. 7.).

f) Leyser Spec. 20. m. 5. Crell de adopt. in locum fratris non monstrosa, §. 9.

g) L. 9. 16. 30. h. t. (1. 7.). Zoesius comm. L. 1. T. 7. n. 7.

h) Vergl. Cannegieter Obs. iur. Rom. L. 2. c. 20. mit Hugo Civ. Mag. 2. B. S. 225—227.

i) §. 9. I. eod. L. 40. §. 2. D. eod. L. 6. L. 9. §. 1. de lib. et posth. (28. 2.) L. 128. de V. S. (50. 16.).

k) Mehrfache willkührliche Unterscheidungen macht Höpfner Comment. 6. Aufl. §. 146. not. 1. Auch finden sich wegen Theophilus paraphr. L. 1. T. 11. §. 9. abweichende Ideen in Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. 2. Hft. S. 382—386.

l) L. 15. §. 1. L. 17. §. 3. L. 23. h. t. (1. 7.) §. 2. I. de legit. agn. success. (3. 2.). Reinold varia c. 42. Sehr ausgedehnt nimt diese wichtigen Gründe

Ein Mündel kann nicht arrogirt werden von seinen Tutoren und Curatoren m); ferner muſs 4) der Adoptirende 18 Jahre älter seyn, als der, welchen er an Kindes- oder Enkels-Statt annimt n). Endlich wird 5) die Arrogation in der Regel Niemandem gestattet, welcher nicht über 60 Jahre alt ist. Die *adoptio plena* der Descendenten ist auf allen Fall früher erlaubt o). Umgekehrt können alle Arten der Kinder, selbst eigne, adoptirt werden p), nur nicht emancipirte Adoptiv-Kinder q), auch nicht, ohne wichtige Gründe, mehrere zugleich r).

§. 490.

Wie geschieht die Adoption? Zur Vollendung der Annahme an Kindes Statt gehört: 1) daſs der Adoptiv-Vater, das Kind, und dessen Vorgesetzte einwilligen s); doch ist bey der Adoption der Männer hinreichend, wenn das Kind nur nicht widerspricht t). Die bürgerlichen Verwandten des Adoptirenden brauchen nur insofern gefragt zu werden, als ihnen durch die Annahme ein solcher Erbe, dem sie einen Pflichttheil schuldig sind, gegeben werden soll u). 2) Die Annahme muſs auf immer geschehen x), und zwar nicht durch einen Bevollmächtigten y); doch wird die letzte, wahrscheinlich in der Feierlichkeit des Acts (§. 132.) gegründete Bestimmung von Manchen jetzt als unanwendbar betrachtet z). 3) Nach vorgängiger Untersuchung muſs die Adoption der Männer, selbst die *minus plena* a), vor dem competenten Richter b), die Arrogation, und die Adoption der Weiber durch ein Rescript des Regenten, oder eines Stell-

Stryk ann. ad Lauterbach comp. p. 35.

m) L. 17. pr. L. 32. §. 1. eod.

n) L. 40. §. 1. eod. §. 4. I. h. t. (1. 11.). Die Behauptung, daſs man für jede folgende Generation noch wieder 18 Jahre zulegen müsse, ist ohne Grund.

o) L. 15. §. 2. eod. vergl. mit L. 10. C. h. t. (8. 48.). Hugo Civ. Mag. 2. B. S. 223.

p) L. 12. eod.

q) L. 37. §. 1. eod.

r) L. 15. §. 3. eod.

s) L. 2. pr. L. 8. h. t. (1. 7.).

t) L. 5. eod. L. ult. C. h. t. (8. 48.).

u) §. 7. I. h. t. (1. 11.) L. 6. 7. 23. h. t. (1. 7.). Faber rational. ad L. 7. h. t.

x) L. 34. eod.

y) L. 25. §. 1. eod.

z) Wernher lect. comm. L. 1. T. 7. §. 3.

a) Denn darin ändert L. 10. C. h. t. (8. 48.) nichts. Stryk U. M. L. 1. T. 6. §. 5. Leyser Sp. 20. m. 4.

b) L. 4. eod. L. ult. C. eod.

vertreters desselben vollendet werden c). Bey der Arrogation Unmündiger ist das Besondere, daſs sie erst dann vom Regenten bestätigt wird, wenn nach vorgängiger obrigkeitlicher Untersuchung, unter Zuziehung der Vormünder und Verwandten, die Arrogation zuträglich gefunden ist, und der Vater Caution gestellt hat, daſs er, falls das Kind als Unmündiger sterbe, das Vermögen desselben dessen Erben herausgeben, auch demselben, wenn er es ohne Grund emancipire oder enterbe, $\frac{1}{4}$ seines Vermögens (*Quarta Divi Pii*) geben wolle d). Manche nehmen noch eine *adoptio per testamentum* an. Inwiefern sie mehr war als Einsetzung eines Erben mit der Auflage, daſs er den Namen des Erblassers führen solle, ist streitig, gewiſs aber, daſs sie jetzt, durch keine Vorschrift des Justinianeischen Rechts weiter unterstützt, in einem allgemeineren Sinn praktisch nicht angenommen werden kann e).

§. 491.

Wirkungen derselben.

Die Wirkungen der Adoption sind nach Verschiedenheit der Arten derselben sehr mannigfaltig. 1) Die Arrogation und *adoptio plena* bewirkt, daſs das angenommene Kind, so lange es nicht emancipirt ist, der väterlichen Gewalt des Vaters unterworfen, damit des Standes desselben theilhaftig, und ein Agnat und Intestat-Erbe der Agnaten desselben wird; auch aus allen Agnations-Verhältnissen mit seinen bisherigen Agnaten trit f). Natürliche emancipirte Kinder erhalten dadurch im Verhältniſs zum Adoptirenden ganz ihre vorigen Rechte wieder g). Dabey erwirbt der arrogirende Vater den gesammten Nieſsbrauch des eignen Vermögens des Kindes; doch muſs er die darauf haftenden Schulden bezahlen, oder den Gläubigern dasselbe abtreten h). So lange die Kinder unter der Gewalt des

c) §. 10. I. L. 2. pr. D. L. 5. C. eod.

d) §. 3. I. L. 17. 18. 19. 20. 22. D. L. 2. C. eod. I. A. Frommann D. de impub. arrogatione, et quarta Antoniniana. Tub. 1663. S. auch den folgenden §phen.

e) Heineccii Ant. L. 1. T. 11. §. 18. Huber prael. ad P. L. 1. T. 6. §. 1. C. G. Richter de condit. nom. ferend. ult. volunt. adscripta. Lips. 1780. Dirksen Versuche S. 73—80.

f) §. 7. I. h. t. (1. 11.) L. 6. 7. 23. h. t. (1. 7.). Faber rational. ad L. 7. h. t. Meine civilist. Abh. S. 302—304. Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. 1. St. S. 134.

g) L. 41. eod. L. 23. pr. de lib. et posthum. (28. 2.).

h) Tit. I. de acquisit. per arro-

Adoptiv-Vaters bleiben, sind sie also auch dessen Notherben; sobald sie aber daraus entlassen sind, hören im Ganzen, wenn sie nicht aufserdem Cognaten sind, alle Successions-Rechte, und sonstigen kindlichen Verhältnisse auf i). Nur der, ohne Grund emancipirte oder enterbte unmündige Arrogirte kann nach dem Tode des Vaters durch eine sogenannte *condictio ex constitutione D. Pii* k), nicht den gewöhnlichen Pflichttheil, sondern statt dessen vielmehr ¼ des gesammten Vermögens des arrogirenden Vaters fodern l). Mit der Arrogation fallen die Kinder des Arrogirten, welche dessen Gewalt unterworfen sind, zugleich unter die Gewalt des arrogirenden Vaters; die, auch nur vor der Adoption empfangenen Söhne des Adoptirten bleiben aber unter der Gewalt ihres natürlichen Ascendenten m). Rechte, welche von wirklicher natürlicher Verwandtschaft abhängen, wie der Deutsche Adel, und Succession in Lehen, und Fideicommissen, werden aber dadurch nicht begründet n). 2) Die *adoptio minus plena* gibt dem Kinde kein Recht auf einen Pflichttheil, sondern nur das Recht der Intestat-Erbfolge als *suus heres*. Der neue Vater hat gegen das Kind keine Rechte, indem diese dem natürlichen Vater verbleiben o); er ist aber auch demselben zu nichts verbunden p). Nach der Emancipation des Adoptiv-Kindes hören aber alle Rechte desselben auf q). 3) Die Adoption der Weiber bewirkt, dafs das

gat. (3. 11.). Wening C. R. 5. B. §. 99.

i) L. 13. h. t. (1. 7.) vergl. mit §. 403.

k) L. 1. §. 21. de collat. (37. 6.) L. ult. si quid in fraudem patroni (38. 5.). Boehmer de act. S. 2. c. 3. §. 33.

l) §. 3. I. h. t. (1. 11.) L. 2. C. eod. (8. 48.) L. 8. §. 15. de inoffic. test. (5. 2.). Voet h. t. §. 4. I. G. Madihn de quarta D. Pii eiusque usu hodierno. Frkf. 1775. Franzke exerc. L. 2. qu. 9. A. M. ist Vinnius C. ad §. 3. I. h. t. mit Vielen.

m) L. 2. §. 2. L. 15. pr. h. t. (1. 7.) §. 9. I. quib. mod. ius patr. pot. solv. (1. 12.).

n) Stryk U. M. h. t. §. 8. Cannegieter Obs. L. 2. n. 18. Schnaubert Lehrr. §. 123.

o) L. 10. §. 1. 2. C. h. t. (8. 48.). Meine civil. Abh. S. 117—119. A. M. sind Conynenberg l. c. Sect. 3. cap. 4. §. 1. Best coniect. ex iure civil. cap. 4. (in Oelrichs Thes. nov. V. 1. T. 1. p. 221.). Allein s. Püttmann miscell. Spec. 3. Lehr v. d. Erbfolge der Adoptiv-Kinder §. 4. (in Hagemanns u. Günthers Archiv 5. Th. n. 9.). In Betreff der Erziehungsgewalt sucht eine Ausnahme zu vertheidigen Burchardi im Archiv für civil. Prax. 8. B. 2. Hft. S. 183. 184.

p) Ohne Grund verpflichtet ihn zur Ernährung Wernher lect. comm. h. t. §. 4.

q) L. 10. §. 2. C. h. t. (8. 48.).

Kind, versteht sich, bis es entlassen ist, die Mutter nicht bloſs *ab intestato* beerbt, sondern auch von derselben einen Pflichttheil verlangen kann r).

§. 492.

Heutiger Gebrauch.

In Deutschland ist hierin im Ganzen nichts geändert, und noch oft finden Adoptionen Statt s). Gewöhnlich nimt der Adoptirte, vor, oder nach seinem eignen Namen, den Namen des Adoptiv-Vaters an t). Nur darin weicht das heutige vom Römischen Recht ab, daſs Jemand durch Erbverträge, ohne Bewilligung des Regenten oder der Obrigkeit, die Erbrechte eines Kindes erhalten kann u).

§. 493.

Ueber Pflegkinder.

Uebrigens muſs man von den Adoptiv-Kindern die Pflegkinder *(alumnos)*, welche Jemand zu sich nimt, um sie zu ernähren und zu erziehen, wohl unterscheiden x). Eine solche Annahme bewirkt weder die väterliche Gewalt, noch deren Folgen y), noch auch Erbschafts-Rechte z), und der Pflegvater *(Nutritor)* kann das Kind, wenn er es bloſs factisch zu sich genommen, sich aber zu nichts vertragsmäſsig verpflichtet hat, nach Willkühr wieder sich selbst überlassen a). Hat er die Auslagen als ein schenkender *negotiorum gestor* gemacht, so kann er sie, den Fall der Undankbarkeit ausgenommen, nicht zurückfodern; sonst aber allerdings b). Nur eine gewisse Ehrfurcht ist das Kind dem Ernährer, den es übrigens klagend belangen kann, schuldig c).

r) L. 5. C. eod. L. 29. §. 3. de inoffic. test. (5. 2.). Meine Versuche 1. B. S. 339—341. Schwankend ist Glück Comment. 7. B. §. 554.

s) Leyser Sp. 20. m. 2. Pufendorf T. 3. Obs. 46. Struben 2. B. 62. Bed.

t) Hugo Civ. Mag. 2. B. S. 227. fgg.

u) Struben a. a. O. Müller ad Leyser Obs. 97.

x) L. 3. §. 4. de lib. hom. exhib. (43. 29.). F. G. Struv de iure alumnor. Ien. 1716.

y) L. 32. de excus. tutor. (27. 1.) cap. un. X. de infant. expos. (5. 11.).

z) L. 132. de V. O. (45. 1.) L. 10. C. commun. de success. (6. 58.).

a) L. 132. de V. O. (45. 1.). A. M. ist Struv l. c. Th. 48. wegen L. 3. C. de infant. expos. (8. 52.). Allein wer macht das Kind zum Sklaven, wenn er es entläſst?

b) L. 27. §. 1. de negot. gest. (3. 5.) L. 15. C. eod. (2. 19.). Mevius P. 4. Dec. 317. 319. Struv l. c. Th. 50. 51.

c) L. 1. §. ult. de obsequ. parent. (37. 15.) L. 17. C. de his qui accus. non poss. (9. 1.).

Dritte Abtheilung.

Ueber die Beendigung der väterlichen Gewalt.

§. 494.

Arten derselben.

Die väterliche Gewalt wird geendigt 1) durch den natürlichen oder bürgerlichen Tod des Vaters oder Sohnes [d]; doch kann man in Deutschland, wo man auch Fremden bürgerliche Rechte gestattet, den bloſsen Verlust des Bürgerrechts nicht mehr dahin zählen. 2) Durch *adoptio plena* des Sohnes [e]. 3) Wenn der Vater arrogirt, oder *plene* legitimirt wird, weil dann seine Haussöhne mit unter die Gewalt des neuen Vaters fallen [f]. 4) Durch gewisse Würden, nämlich die eines Bischofs, *praefectus praetorio*, *patronus fisci*, durch den Patriciat u. a. m., welche vom Decurionat befreyen [g]. In Deutschland kann, da hier von Privilegien die Rede ist, diese ganze Vorschrift nur insofern gebraucht werden, als noch jetzt völlig gleiche Würden existiren; doch hat man sie oft eben so willkührlich ausgedehnt, als man sie oft willkührlich für ganz aufgehoben erklärt hat [h]. Ferner erlischt sie 5) zur Strafe, wenn der Vater die Kinder aussetzt [i], die Tochter preisgibt [k], oder eine blutschänderische Verbindung eingeht [l]. Die Erziehungsgewalt verliert der Vater zum Vortheil der Mutter, wenn er sich unwürdig beträgt, oder durch seine Schuld die Scheidung veranlaſst [*].

§. 495.

Ueber Emancipation insbesondere.

Die gewöhnlichste Art, unter Lebenden die Gewalt aufzuheben, war 6) bey den Römern die Emancipation [m]. Nach Auf-

d) pr. §. 1. 2. 3. I. quib. mod. ius patr. potest. solv. (1. 12.). Zum bürgerlichen Tode gehörte auch die Reichsacht. Lauterbach coll. L. 1. T. 7. §. 20. Ueberhaupt: C. Thomasius de usu pract. Tit. I. quib. mod. ius patr. pot. solv. Hal. 1716. Senkenberg iura egress. e patr. potest. Rom. et Germ. Giess. 1743.

e) §. 8. I. l. c.

f) L. 40. pr. de adopt. (1. 7.).

g) Nov. 81. c. 1. 3. §. 4. I. l. c. L. ult. C. de Decurion. (10. 31.). Reinold var. c. 19.

h) Ueber die versch. Meynungen s. Glück Comm. 2. B. §. 156.

i) L. 2. C. de infant. expos. (8. 52.) Nov. 153. c. 1.

k) L. 12. C. de episc. audient. (1. 4.).

l) Nov. 12. c. 2.

*) L. 3. §. 5. de lib. exhib. (43. 30.) und oben §. 469.

m) Schelting a Diss. duae de emancipat. (Fellenberg iu-

hebung der alten Emancipations-Art durch den Verkauf mufs sie jetzt unter Gegenwärtigen mittelst einer Erklärung vor dem Magistrat n), unter Abwesenden durch Auswirkung eines Rescripts geschehen o). Jenes nennt man die Justinianeische, dieses die Anastasische Emancipation. Die erste kann auch stillschweigend geschehen, z. B. wenn der Vater mit Zustimmung des Sohnes demselben einen Tutor erbittet p); beide setzen aber in der Regel wirkliche Einwilligung des Vaters und Sohnes voraus. Wider Willen kann der Vater nur die Adoptiv-Kinder entlassen q), die natürlichen aber schlechterdings nicht r), wenn er sie auch kraft der väterlichen Gewalt aus seinem Hause stofsen, und ihnen zur Strafe die Alimente entziehen kann s), wodurch aber die rechtlichen Folgen der väterlichen Gewalt in keinem Punct aufgehoben werden t). Umgekehrt wird der Vater in der Regel zur Emancipation nicht gezwungen, ausgenommen, wenn er die Kinder mifshandelt u), unter der Bedingung, dafs er sie entlassen solle, etwas empfangen x), wenn er einen Unmündigen arrogirt hat, welcher nach erlangter Mündigkeit aus guten Gründen auf Emancipation dringt y), oder wenn der Vater eines Verschwenders dessen Kinder unter der Bedingung der Emancipation einsetzte *). In Deutschland hat man noch, gegen das gemeine Recht z), eine particulaire Emancipation für einzelne Geschäfte an manchen Orten in Gebrauch gebracht. Entscheidet die Gewohnheit da-

rispr. ant. T. 2.). Heimburg difficillima emancip. Rom. et Germ. capita. Ien. 1742.

n) L. ult. C. de emancip. (8. 49.).

o) L. 5. C. eod. L. 18. C. de collat. (6. 20.) L. 11. C. de legit. hered. (6. 58.). Scheltinga l. c. P. 1. c. 4.

p) arg. pr. I. de tutel. (1. 13.) L. 239. pr. de V. S. (50. 16.). Carpzov L. 2. Resp. 118. n. 18. Wernher Vol. 2. Obs. 248.

q) §. 3. I. de adopt. (1. 11.) L. 132. de V. O. (45. 1.) L. 10. pr. C. de adopt. (8. 48.).

r) L. 6. C. de patr. potest. (8. 47.) Nov. 89. c. 11. pr. Ueberh. L. v. de Poll de exhered. c. 1. 8. C. H. Breuning de abdicatione ad L. 6. C. de patr. potest. Lips. 1753. Hagemanns u. Günthers Archiv 1. B. n. 14. Dirksen Versuche 2. Abh. nr. 1.

s) L. 5. §. 11. de agnosc. vel alend. lib. (25. 3.).

t) Meine Vers. 2. B. S. 264. 265.

u) L. ult. D. si a parent. quis manum. (37. 12.).

x) L. 92. de cond. et dem. (35. 1.).

y) L. 32. 33. de adopt. (1. 7.).

*) L. 16. §. 2. 3. de curat. furios. (27. 10.).

z) Heimburg l. c. §. 84.

für, so liegt in der Natur derselben offenbar, dafs das Kind auf immer in Betreff des Geschäfts, für welches es emancipirt ward, als selbstständig zu betrachten ist [a]). Die Lehre von der Aufhebung der väterlichen Gewalt durch eine separirte Oekonomie ist hier nur zu erwähnen, aber im Deutschen Recht auszuführen.

§. 496.

Folgen der Aufhebung der väterlichen Gewalt.

Mit Aufhebung der väterlichen Gewalt müssen, 1) wie es im Begriff liegt, alle Folgen derselben (§. 347—378.) in Beziehung auf das Verhältnifs zwischen Vater und Sohn, und in Betreff Dritter aufhören, und der Sohn stellt selbst die Person eines Hausvaters vor [b]). 2) Wird die Gewalt beym Leben des Vaters geendigt, so mufs gleichfalls aus eben dem Grunde das *ius sui heredis* wegfallen, selbst wenn sie durch eine separirte Oekonomie aufgehoben ist [c]). 3) Erlischt sie durch den Tod des Vaters, so werden die Kinder *sui heredes*, und erhalten nun die Gewalt über ihre eignen nicht emancipirten Kinder, sofern sie nicht selbst aus der Gewalt entlassen, und nachher wieder in dieselbe zurückgekehrt waren [d]). Erlischt sie durch den Tod der Kinder, so behält der Vater, wie Viele wollen, nicht mehr, wie sonst, einen lebenslänglichen Niefsbrauch an deren Vermögen, wenn keine Descendenten, sondern Brüder da sind, selbst nicht einmal an den Adventitien, vielmehr trit er blofs in das Verhältnifs eines Erben. Hinterläfst das Kind aber Descendenten, welche erben, so behält er ihn auf allen Fall an den Adventitien [e]). 4) Die Emancipation und volle Adoption hat, aufser dafs sie, wie es sich von selbst versteht, die Wirkungen der väterlichen Gewalt aufhebt, noch die merkwürdige Folge, dafs sie alle blofs bürgerlichen Privat-Rechte und Verbindlichkeiten, mit Ausnahme weniger Rechte [f]), in der Person des Entlas-

a) Müller ad Leyser Obs. 106. A. M. ist Glück Comment. §. 161.

b) L. 9. pr. de SCt. Macedon. (14. 6.) L. ult. §. ult. C. de inoffic. test. (3. 28.).

c) Grupen discept. for. c. 2. m. 3. Pufendorf T. 3. Obs. 1. A. M. ist I. H. Boehmer de statu liberor. sui iur. factor. per separat. et nuptias. (Exerc. T. 1.).

d) L. 3. C. de iure deliberandi (6. 30.) pr. I. h. t. (1. 12.) L. 41. de adopt. (1. 7.).

e) S. oben §. 363. not. 1.

f) L. 16. C. de usufr. (3. 33.).

senen zerstört g), und also auch das *ius agnationis*, und die davon abhängenden bürgerlichen Familien-Rechte h). Diesen Verlust der Agnations-Rechte nennt man *capitis deminutio minima* i). Auch die Anastasische und Justinianeische Emancipation enthalten eine solche k); doch ist diefs den natürlichen Kindern unschädlich geworden l), während die Adoptiv-Kinder, welche nicht zugleich natürliche sind m), dadurch noch jetzt alle Familien-Rechte verlieren n). 5) Die Kinder emancipirter natürlicher Kinder bleiben unter der Gewalt des Emancipirenden, und fallen nach dem Tode des letzten nicht unter die Gewalt jener o). 6) Werden Kinder durch eine Würde *sui iuris*, so verlieren sie keine Familien-Rechte, bekommen ihre Kinder nach dem Tode des Ascendenten, aus dessen Gewalt sie gegangen sind, unter ihre eigne Gewalt, und ihr *peculium profectitium* wird behandelt, als ob es ihnen geschenkt sey p). 7) Bey der freywilligen Emancipation erhält der Vater, auch noch jetzt q), zur Belohnung auf Lebenszeit den halben Niefsbrauch der Adventilien der Kinder r). Diefs kann aber auf die Fälle, da die Gewalt auf andre Art, z. B. durch eine separirte Oekonomie, oder eine Würde s) erlischt, nicht erstreckt werden t).

Vierte Abtheilung.

Ueber die Wiederherstellung der väterlichen Gewalt.

§. 497.

Deren Arten. Die Wiederherstellung der väterlichen Gewalt kann geschehen, 1) wenn der Vater ein Kind wegen

g) L. 5. §. ult. L. 6. 7. 10. 11. de cap. minut. (4. 5.).

h) L. 3. §. 1. eod. L. 10. pr. C. de adopt. (8. 48.).

i) Tit. I. de cap. dem. (1. 16.).

k) §. 9. I. de hered. quae int. (3. 1.) L. 11. C. de legit. hered. (6. 58.).

l) Nach Nov. 118.

m) L. 23. pr. de lib. et posthum. (28. 2.).

n) L. 13. de adopt. (1. 7.). Conradi de cap. dem. minima. L. 2. n. 2. (in dessen parerg.).

o) pr. I. h. t. (1. 12.) L. 13. 14. 15. pr. 27. 40. pr. h. t. (1. 7.).

p) Nov. 81. c. 1. 2. Archiv für civil. Prax. 8. B. 2. Hft. S. 281—284.

q) A. M. ist Weber in d. Not. zu Höpfner §. 163. not. 11.

r) L. 6. §. 3. C. de bon. quae lib. (6. 61.). Cramer Wetzl. Nebenst. B. 81. S. 117. fgg.

s) Sehr abweichend ist Lauterbach coll. L. 15. T. 1. §. 22.

t) Müller ad Leyser Obs. 152.

Undankbarkeit unter seine Gewalt zurückzieht, jedoch nur dann, wenn das Kind auf Römische Art emancipirt war u). 2) Durch gesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus allgemeinen Restitutions-Gründen, es sey nun auf Ansuchen des Vaters x), oder des Sohnes; jedoch kann der letzte nur da Restitution erhalten, wo er nicht die Handlung des Vaters anficht, sondern gegen seine eignen, ihm schädlichen Handlungen, oder gegen die Handlungen Dritter, Restitution sucht y). 3) Nach dem Obigen durch Adoption emancipirter natürlicher Kinder. In allen jenen Fällen wird aber das, was bis zur Erneuerung der väterlichen Gewalt geschehen ist, durch die Wiederherstellung keineswegs rückwärts ungültig z).

u) L. un. C. de ingrat. lib. (8. 50.). G. A. Schubart de redintegratione patriae potestatis. Lips. 1723. §. 14. fgg.

x) Schubart l. c. §. 12. 13.

y) L. 2. C. qui et adv. quos (2. 42.). P. de Ravennas singular. cap. 174. (in singular. doctor. T. 2.). Schubart l. c. §. 6. 10.

z) L. 13. §. 1. C. de sentent. pass. (9. 51.). Schubart §. 19.

Zweyter Abschnitt.

Ueber Vormundschaften.

Einleitung.

§. 498.

Begriff der Tutel und Curatel.

Es gibt viele Fälle, da der Staat verpflichtet ist, für die Schützung einer Person, oder deren Sachen Sorge zu tragen [a]). Wird Jemand zur vollen Stellvertretung über die Person eines Unmündigen und dessen Sachen überhaupt, oder für einzelne solenne Acte desselben, bestellt, so nennt man ihn einen Tutor; hat er hingegen die Aufsicht über einen Mündigen *(cura personalis)*, oder blofs über Sachen *(cura realis)*, oder hat er nicht-solenne Acte eines Unmündigen, wobey es keiner *auctoritas* bedarf, zu besorgen, oder sind jene Pflichten verbunden *(cura mixta)*: so wird er Curator genannt b). Bey uns werden durch den Ausdruck Vormund beide bezeichnet. Der Untergebene des Tutors heifst Pupill, der

a) Schriften über die ganze Lehre: P. Montani Tr. de iure tutelar. et curationum. Lugd. Bat. 1595. A. Fabri iurispr. Papinian. Tit. 12. J. Claproth Unterricht für Vormünder. 1773. E. G. Klügel de tutelis. Viteb. 1780. J. B. Wiesner Vormundschaftsrecht. Halle 1785. Desselben Elementarwerk über das Vormundschaftsrecht 1. B. Bresl. 1786. I. F. Frh. v. Leonhardi Vers. einer Vormundschaftslehre. Giefsen 1799. A. H. Stein über Vormundschaften und Curatelen. Stuttg. 1824.

b) §. 4. I. qui testam. tut. dar. poss. (1. 14.) §. 5. I. de curator. (1. 23.) L. 9. C. qui petant. tut. (5. 31.) L. 20. pr. de tutor. et curator. dat. (26. 5.) Tit. P. de curatore furiosi (27. 10.) L. 4. C. in quib. casib. tutorem vel curat. hab. tut. vel curat. dari potest (5. 36.) vergl. mit Gaii inst. L. 1. §. 148. Ulpiani Fr. T. XI. §. 22—25. Theophili paraphr. L. 1. T. 21. §. ult. L. 7. 9. 15. de tutor. et cur. dat. (26. 5.) L. 5. C. de in lit. iur. (5. 44.). v. Löhr über die Röm. Begriffe von Tutel und Curatel. Wetzlar 1809. (auch in Dessen und Grolman's Mag. 3. Bd.). Ueber die gesetzliche Definition in §. 1. I. de tut. (1. 13.). Höpfner Comm. §. 167. Ueber eigne Ideen von Schweppe Magaz. 1. St. nr. 7. 8. vergl. Grolman u. Löhr Magaz. 3. B. 4. Hft. nr. 12—14.

des Curators Curande; das Deutsche Mündel befaſst beide.

§. 499.

Arten der Vormünder.

Die Thätigkeit eines Vormundes kann verschieden seyn. Ist er verpflichtet, sich mit dem Detail der Aufsicht über eine Person, oder der Verwaltung des Vermögens derselben zu befassen, so nennt man ihn *gerens*, oder *administrans*. Ist ihm hingegen durch ein Testament, oder den Richter c) bloſs aufgelegt, die Oberaufsicht über die Verwaltung des administrirenden Vormundes zu führen, so heiſst er *honorarius*. Ein solcher *honorarius* wird mit dem Beysatz *notitiae caussa datus* bezeichnet, wenn ein administrirender Vormund in wichtigen Fällen an seinen Rath gebunden ist d).

§. 500.

Wer bedarf eines Vormundes?

Nur der bedarf eines Vormundes, welcher nicht schon unter der Gewalt und Aufsicht eines Andern steht, wie der Haussohn, der Sklav, und der, bereits mit einem Vormunde versehene Pupill; doch leidet dieſs eine Ausnahme, wenn in besonderen Fällen der Verdacht eintrit, daſs der Vorsteher das Interesse des Untergebenen dem seinigen nachsetzen werde, oder derselbe seiner Pflicht nicht genügen kann e).

§. 501.

Wer kann Vormund seyn?

Ein Jeder kann Vormund werden, welchen man im Testament einsetzen darf, und welcher die natürliche und bürgerliche Fähigkeit zur gewissenhaften Vollführung des übertragenen Geschäfts hat f). Fehlt es daran, so kann ihn der Magistrat von Amtswegen zu jeder Zeit, und in der Regel selbst nach übernommener Vormundschaft, entfernen (*excusatio necessaria*). Unfähig sind 1) Weiber,

c) Auch dieser kann es. Lauterbach coll. L. 26. T. 1. §. 5.

d) L. 3. §. 2. de administr. tutor. (26. 7.) L. 32. §. 1. de testam. tut. (26. 2.) L. 14. §. 6. de solut. (46. 3.). Falsch unterscheidet drey besondere Arten Lauterbach l. c. §. 6.

e) L. 19. de tutel. (26. 1.) Tit. C. in quib. cas. tut. vel cur. hab. tut. vel cur. dar. pot. (5. 36.) Nov. 117. c. 1.

f) pr. I. qui test. tut. dar. poss. (1. 14.) L. 9. de his qui sui vel al. iur. (1. 6.).

mit Ausnahme der Mutter und Groſsmutter g). 2) Alle Verstandslose, und völlig Entkräftete h). 3) Taubstumme, Taube, Stumme, und in gewisser Maſse völlig Blinde i). 4) Jeder, welcher noch nicht volle 25 Jahre vollendet hat k). 5) Gerichtlich erklärte Verschwender l). 6) Sklaven m). 7) Soldaten, welche im Dienst stehen n). 8) Bischöfe und Mönche. Die übrigen Geistlichen unter dem Bischof können, wenn sie wollen, eine gesetzliche Vormundschaft übernehmen o); auch pflegt man bey den Protestanten alle Geistlichen, sofern sie wollen, zur Vormundschaft zu lassen p). 9) Juden, als Vormünder eines Christen q). 10) Jeder, welcher sich für Geld zur Vormundschaft drängt r). 11) Offenbare und heftige Feinde des Vaters des Mündels, oder des Mündels selbst s). 12) Der Ehemann und Bräutigam t). 13) Jeder, mit Ausnahme der Mutter und Groſsmutter u), welcher, wenn ihm die Vormundschaft angetragen wird, Gläubiger, oder offenbarer Schuldner des Pupillen ist. Verschweigt der Gläubiger seine Foderung, so verliert er sie zur Strafe ganz; der Schuldner hingegen, welcher

g) L. 16. pr. L. ult. de tutel. (26. 1.) Nov. 118. c. 5. Pufendorf T. 2. Obs. 11.

h) L. 10. §. ult. L. 11. L. 40. pr. L. 45. §. 4. de excus. (27. 1.) L. 40. de R. I. (50. 17.) Tituli C. qui morbo (5. 67. 10. 50.).

i) L. 1. C. eod. L. 1. §. 2. 3. L. 17. h. t. (26. 1.). Eine überkommende Blindheit hebt die Tutel nicht nothwendig auf. L. 16. de auct. tut. (26. 8.) L. 40. de excus. tut. (27. 1.), man möchte denn mit Stryk de iure sens. D. 2. c. 2. n. 15. fgg. in dem Fall eine Ausnahme machen, wenn die Blindheit absolute Unfähigkeit erzeugt. In Betreff der Tauben und Stummen weicht man jetzt ab. Höpfner Comm. §. 245.

k) §. 13. I. de excus. (1. 25.) L. ult. C. de legit. tutel. (5. 30.). Huber Digress. L. 3. c. 24. Struben 3. B. 32. Bed.

l) L. ult. C. cit. L. 1. pr. de curat. furiosi (27. 10.) L. 11. §. 2. de tutor. et curat. dat. (26. 5.).

m) L. 7. C. qui dare tutor. vel curat. poss. (5. 34.).

n) L. 4. C. eod. Pufendorf T. 3. Obs. 183. Kinder der Cameraden sind ausgenommen. L. 23. §. 1. de excus. (27. 1.).

o) L. 52. pr. C. de episc. et cleric. (1. 3.) Nov. 123. c. 5.

p) Stryk L. 27. T. 1. §. 5.

q) Zwar nicht nach L. 15. §. 6. de excus. (27. 1.) aber nach der Praxis. Lauterbach coll. L. 26. T. 1. §. 23.

r) L. 21. §. ult. de tutor. et curator. dat. (26. 5.).

s) §. 9. 11. 12. I. de suspect. tutor. (1. 26.) L. 3. §. 12. D. eod. (26. 10.) L. 6. §. 17. 18. de excusat. (27. 1.). Püttmann adversar. L. 1. p. 1. fgg.

t) L. 2. C. qui dari tut. poss. (5. 34.) L. 4. C. de curat. fur. (5. 70.). Wo in Deutschland die Geschlechtscuratel gilt, da fällt dieſs weg. Heineccius de marito tutore et curatore uxoris legitimo (opusc. n. 21.).

u) Nov. 94. c. 1.

seine Schuld nicht angibt, verliert alle Einreden x). Alles diefs, an dessen praktischer Gültigkeit nicht zu zweifeln ist y), findet nach den Gesetzen unbedingt, also auch bey dem testamentarischen und Dativ-Vormunde, und bey jenem sogar dann Statt, wenn der Testator die Schuld oder Foderung kannte z). Während der Vormundschaft entstehende Ansprüche bewirken nur die Beyordnung eines Curators a). 14) Jeder, zur Satisdation verpflichtete Vormund, welcher keinen Bürgen stellen kann b). Ferner darf 15) vom Magistrat Niemand zur Vormundschaft gelassen werden, welchen zuzulassen der Vater oder die Mutter verboten haben c), selbst dann nicht, wenn ihn die Gesetze zur Vormundschaft rufen sollten d); und eben diefs ist endlich 16) der Fall, wenn der Berufene die Schreibkunst nicht versteht, deren Kenntnifs ihm zur Geschäftsführung in dem vorliegenden Fall nöthig wäre e). Alle andern Personen sind zuzulassen, also auch im Zweifel der Stiefvater f). Selbst infamirte Personen sind nicht absolut unfähig, wenn sie auch gleich bey dem Vordrängen zu einer ausschliefslichen Verwaltung nicht gehört werden g).

x) Nov. 72. c. 1. 3. 4. Ueberhaupt: Walch de tutore pupilli sui ante suscept. tutel. debitore (op. T. 1.). Dafs der, die Foderung verschweigende Vormund nur die Klage verliere, behauptet Weber v. d. nat. Verb. §. 94. princ. Allein s. oben §. 202.

y) Struben 5. B. 8. Bed. A. M. ist Walch l. c. §. 6.

z) Lauterbach coll. L. 26. T. 1. §. 18. fgg. A. M. ist Walch l. c. §. 6. Schilter Ex. 37. §. 87.

a) Nov. 72. c. 2.

b) L. 2. C. si tut. vel cur. satis non dedit (5. 42.).

c) L. 8. pr. de testam. tut. (26. 2.) L. 21. §. 2. de tut. dat. (26. 5.) L. un. C. si contra matr. volunt. (5. 47.).

d) L. 21. §. 1. 2. de tutor. et curat. dat. (26. 5.). Leyser Sp. 330. m. 2. Müller Obs. 594. A. M. ist Voet L. 26. T. 4. §. 2. Lauterbach coll. eod. §. 5.

e) Das folgt aus der Natur der Sache, und man braucht hierüber bey §. 8. I. de excus. (1. 25.) L. 6. §. ult. eod. (27. 1.), worin man gewöhnlich mit Höpfner Comm. §. 244. eine schwierige excusatio voluntaria findet, nicht verlegen zu seyn.

f) E. M. Chladenius de vitrico tutore pupilli minus suspecto. Viteb. 1771.

g) L. 1. §. 6. de postul. (3. 1.) L. 17. §. 1. de test. tut. (26. 2.) L. un. C. de infam. (10. 57.). Lauterbach coll. L. 26. T. 1. §. 25.

Erste Abtheilung.

Ueber die Entstehung der Vormundschaft.

§. 502.

Entstehung der Vormundschaft.

Der Regent und dessen Stellvertreter sind verpflichtet, für das Interesse aller derer zu sorgen, welche eines Schützers bedürfen. Diese obervormundschaftlichen Verpflichtungen lagen sonst in Deutschland ob, und zwar in Rücksicht der Unmittelbaren, den Reichsgerichten, als Stellvertretern des Kaisers, in Rücksicht der Mittelbaren, den Territorial-Regenten, allen mit einer ordentlichen Gerichtsbarkeit verliehenen Gerichten, und den, häufig für Vormundschaftssachen angeordneten Collegien h). Zur besonderen Aufsicht und Verwaltung müssen jedoch einzelne Personen bestellt werden, deren Verpflichtung zur Uebernahme der Vormundschaft auf mannigfaltigen Gründen beruhen kann.

§. 503.

I) Der Tutel. 1) Testamentarische.

Was I) die Tutel betrifft, so ist der Grund derselben nach Römischem Recht dreyfach: ein Testament (*tutela testamentaria*), eine gewisse Eigenschaft einer Person, woran nach den Gesetzen die Verpflichtung zur Uebernahme der Tutel geknüpft ist (*tutela legitima*), oder die Bestellung des Magistrats (*tutela dativa*). Viele nehmen jetzt auch noch eine vertragsmäfsige Tutel (*pactitia*) an. Was die erste betrifft, so kann nach den 12 Tafeln 1) der Hausvater den, unter seiner Gewalt befindlichen, oder künftig darunter kommenden Kindern i), selbst den enterbten k), oder denen, welche

h) Pol. O. v. 1548. Tit. 31. v. 1577. Tit. 32. I. L. a Pühel de tutel. electorum, principum, aliorumque S. R. I. statuum. Ien. 1669. Heineccius de suprema principum magistratuumque tutela.

i) §. 4. I. de tutel. (1. 13.) L. 1. §. 1. de test. tut. (26. 2.). Die posthumi müssen aber geboren werden. L. 19. §. 2. eod. L. 29. de neg. gest. (3. 5.). Ueberhaupt: I. D. Braun de tutela testam. ex iure tam publ. quam privato. Arg. 1760. I. U. Roeder symbola ad ius tutel. test. collata. Cob. 1772.

k) L. 4. pr. L. 26. §. 2. L. 31. eod. A. M. ist wegen L. 1. §. 10. de suis et legit. (38. 16.) L. 73. §. 1. de R. I. (50. 17.) L. 53. pr. de V. S. (50. 16.). Hotomann Obs. L. 6. c. 5. allein s. Walch ius contr. p. 89.

sich von der Erbschaft enthalten l), bis zu den Jahren der Mündigkeit m), einen Vormund ernennen; nur dürfen sie nach seinem Tode nicht unter die Gewalt eines Andern fallen n), oder vor seinem Tode Hausväter geworden seyn o). Die Bestellung muſs im Testament, oder bestätigten Codicillen geschehen p); der Ernannte muſs gewiſs, d. h. unzweydeutig ernannt, und auszumitteln, auch erbfähig seyn q). Der Wahl desselben darf es nicht freygegeben werden, ob er dieses, oder eines andern Kindes Vormund seyn wolle r). Zugleich ist erfoderlich, daſs die schriftliche Ernennung nicht allein durch die Hand des Vormundes selbst geschehe s), auch der Vormund nicht für einzelne Geschäfte bestellt werde t). Im Uebrigen ist der Vater ungebunden. Er kann den Vormund unter Zeitbestimmungen und Bedingungen u), Personen einer andern Gerichtsbarkeit x), ja sogar Unfähige bestellen, welches aber nur dann wirkt, wenn sie fähig werden y). Als Auslegungs-Regel haben die Gesetze hier die Vorschrift aufgestellt, daſs das Wort *liberi* alle Kinder, *filii* oder *filius* alle Kinder des ersten Grades, *posthumi* die *posthumos* aller Grade bezeichnen solle z), und daſs von mehrfachen Dispositionen im Zweifel die letzte gelte *).

§. 504.

Unvollkommene testamentarische.

Nach dem ursprünglichen Begriff ist es keine testamentarische Tutel, wenn der, welcher den Vormund ernennt, keine väterliche Gewalt hat, oder keine förmliche Disposition errichtet. Nach neuerem Recht muſs jedoch der Magistrat in vielen Fällen einen solchen, an sich ungültig ernannten Vormund bestätigen, und zwar bald schlechthin, bald nach

l) Struv Ex. 34. Th. 19.

m) pr. I. quib. mod. tutel. finit. (1. 22.).

n) §. 3. I. de tutel. (1. 13.) L. 1. §. 2. h. t. (26. 2.).

o) L. 1. §. 1. eod.

p) L. 3. pr. eod.

q) Gaius II. 238. §. 25. I. de legat. (2. 20.) L. 20. pr. L. 21. L. 30. eod. Haubold de tutore incerto (Opusc. T. 1. nr. 7.).

r) L. 23. eod.

s) L. 29. eod.

t) §. 4. I. qui testam. tut. (1. 14.).

u) §. 3. I. eod. L. 8. §. 2. h. t. (26. 2.).

x) L. 32. pr. eod.

y) §. 2. I. h. t. (1. 14.) L. 10. §. 3. eod. (26. 2.) L. 10. §. 7. de excus. (27. 1.).

z) §. ult. I. h. t. (1. 14.) L. 5. L. 6. L. 16. §. 1. eod. (26. 2.).

*) L. 8. §. 3. L. 20. §. 1. L. 34. eod.

vorgängiger Untersuchung über die Tauglichkeit des Subjects *(praevia inquisitione)*, oder nach vorher bestellter Sicherheit *(cum satisdatione)*. Man unterscheide hier: A) ein, von einem väterlichen ehelichen Ascendenten einem emancipirten Kinde, oder sonst unregelmäſsig ernannter Vormund ist schlechthin, auch wenn das Kind nicht eingesetzt ist, zu bestätigen; doch darf, wenn die Frage über die Gültigkeit der Ernennung vorläufig noch nicht entschieden werden kann, einstweilen ein andrer gesetzt werden [a]. B) Der, von der Mutter, oder dem natürlichen Vater ernannte Vormund muſs nur dann, wenn das Kind eingesetzt ist, bestätigt werden, zwar ohne Satisdation, aber nur nach angestellter Untersuchung [b]; doch kann ihn der Magistrat, wenn er will, auch ohne jene Voraussetzung bestellen [c]. C) Ernennen andre Personen einen Vormund, so ist er, wenn sie dem Kinde etwas hinterlassen, nach vorgängiger Untersuchung und Satisdation, sofern das Kind sonst keine Güter hat, zu bestätigen [d]. Alle diese zu confirmirenden Vormünder sind aber im Ganzen als *dativi* zu behandeln, so weit sie nicht namentlich den testamentarischen gleichgestellt sind [e].

§. 505.

2) Gesetzliche. 2) Nachdem die Cognaten den Agnaten gleichgestellt sind, und das Patronat-Recht bey uns aufgehört hat, so fallen nach der gewöhnlichen Ansicht die verschiedenen Arten der älteren gesetzlichen Tutel [f] jetzt weg, und es bleibt bloſs die gesetzliche Tutel der nächsten, als Blutsverwandten succedirenden Intestaterben übrig; doch lieſse sich eine Tutel des emancipirenden Vaters jetzt noch insofern annehmen, als sie dem

a) L. 1. §. 1. 2. de confirm. tutor. (26. 3.) L. 10. pr. de test. tut. (26. 2.).

b) L. 2. L. 7. pr. eod. L. 4. de testam. tutel. (26. 2.). A. M. ist Höpfner Comm. §. 178. not. i. in Betreff des pater naturalis.

c) L. 4. C. de test. tut. (5. 28.). Bynkershoek Obs. L. 1. c. 15. Marckart probab. P. 2. p. 104. fgg.

d) L. 26. §. 2. de test. tut. (26. 2.) L. 4. de conf. tut. (26. 3.). Voet eod. §. 1. A. M. ist Hofacker T. 1. §. 634.

e) Lauterbach coll. eod. Tit. §. 6. Grass collat. iur. Rom. S. 1. §. 7. pr. Das Umgekehrte behauptet Boehmer ius D. L. 26. T. 3. §. 4. und für eine tutela mixta streitet Cocceii I. C. eod. qu. un.

f) S. Inst. L. 1. T. 15. 17. 18. 19.

Vater Vorrechte vor den Brüdern gab *). Stehen mehrere Verwandte in gleichem Grade, so sind sie alle zur Tutel gerufen g). Wer zur Tutel absolut unfähig ist, devolvirt dieselbe auf den entfernteren Verwandten h). In Ansehung der natürlichen, ehelichen, oder unehelichen, Mutter und Grofsmutter ist das Besondere, dafs sie, wenn sie wollen, und den Bürgschaftswohlthaten der Weiber, und einer künftigen Ehe entsagen, vor allen Seitenverwandten zur Tutel gelassen werden i). Dafs sie den väterlichen Ascendenten vorgehen, läfst sich so wenig behaupten k), als man den väterlichen Ascendenten einen besonderen Vorrang einräumen kann l). Es bleibt vielmehr im Verhältnifs beider zu einander bey den allgemeinen Grundsätzen. Die Mutter geht also dem Grofsvater, die Grofsmutter aber dem Aeltervater vor, und Grofsmutter und Grofsvater concurriren zusammen. Nur das läfst sich, da die Novelle blofs von der Wittwe spricht, behaupten, dafs der emancipirende Vater der Mutter vorgeht, so wie jeder, beym Leben des Vaters an dessen Statt zur Tutel gerufene Verwandte. Eine besondere Art der gesetzlichen Tutel ist die, der Vorsteher eines Waisenhauses **).

§. 506.

3) Dativ.-Tutel.

3) Bey den Römern konnten ursprünglich nur wenige, und später auch nicht alle Magistrate einen sogenannten Dativ-Tutor bestellen m); bey uns aber ist jede, mit einer Civil-Gerichtsbarkeit versehene Obrigkeit dazu befugt n). Nur mufs sie 1) in Rücksicht

*) Meine civil. Abh. S. 285—304. S. auch Neustetel und Zimmern Unters. 1. B. nr. 8.

g) Nov. 118. c. 5. de Ludwig differ. iur. Rom. in tutel. testam. et legit. Hal. 1712. A. I. Schott de tutela legitima. Ultr. 1723. H. G. Bauer de rat. iur. Rom. in constituenda tutel. legit. Lips. 1767.

h) L. 1. §. 1. 2. L. 3. §. 9. h. t. (26. 4.).

i) Nov. 94. c. 1. Nov. 118. c. 5. ab Eyben de tutela matris (op. p. 321.). Grass de tutela matern. nobil. imper. immediat. Tub. 1701. Pufendorf T. 2. Obs. 11.

k) A. M. ist Hofacker T. 1. §. 638.

l) A. M. ist Lauterbach coll. L. 26. T. 4. §. 6. 7.

**) Nov. 131. c. 15.

m) §. 4. 5. I. de Atil. tutor. (1. 20.) L. 1. §. 1. 2. L. 3. de tutor. et curat. dat. (26. 5.). Marche de tutor. ex L. Iul. et Tit. (in Fellenberg iur. Ant. T. 2. n. 19.).

n) Pol. O. v. 1577. Tit. 32. §. 3. I. P. de Ludwig differ. iur. Rom. et Germ. in tutela Atiliana. Hal. 1713.

des Pupillen competent seyn. Als competenter Richter ist hier anzusehen der Richter des Wohnorts des Pupillen [o]), wo denn, wenn der Pupill mehrere Wohnorte hat, die Prävention eintrit [p]). Hat der Vater des Pupillen einen privilegirten Gerichtsstand gehabt, so geht dieser vor [q]). Sollte aber der Pupill weder einen festen Wohnsitz, noch einen privilegirten Gerichtsstand haben, so gehört die Sache vor den Richter seines Geburtsorts [r]), oder den, unter welchem die mehresten Sachen gelegen sind [s]). Treten alle jene Gründe nicht ein, so ist der Richter des Orts zuständig, wo sich der Pupill aufhält [t]). 2) Der Magistrat kann nur Personen aus seiner Gerichtsbarkeit bestellen, wenn ihm nicht der Oberrichter gestattet, einen fremden Gerichtsuntergehörigen zu ernennen; auch kann er sich selbst nicht wählen [u]). 3) Die Bestellung mufs nach vorgängiger Untersuchung [x]), auch darf sie nicht unter einer Bedingung, von einem Tage, oder bis zu einem Tage geschehen [y]); doch leidet das Letzte eine Ausnahme, wenn nur ein interimistischer Vormund zu ernennen ist [z]). Im Uebrigen kann die Bestellung zu jeder Zeit, an jedem Ort [a]), und sowohl unter Gegenwärtigen, als unter Abwesenden geschehen [b]). 4) Die Gewalt eines, so bestellten Tutors erstreckt sich über alle Güter des Pupillen, sie mögen belegen seyn, wo sie wollen [c]). Ist jedoch das Vermögen des Pupillen weitläuftig und zerstreut, so kann die Tutel getheilt, und über die auswärts belegenen Güter von dem Magistrat, in dessen Gerichtsbarkeit sie sich finden, ein besonderer Tutor ernannt werden [d]). Auch gibt es noch wohl Tutoren für einzelne solenne Acte *).

o) L. 3. C. de municip. (10. 38.) L. un. in f. C. ubi pet. tut. (5. 32.). Ueberh. Franzke resol. L. 1. qu. 16. 17.

p) Wernher lect. comm. L. 26. T. 5. §. 5.

q) Hellfeld iur. for. §. 1318.

r) L. un. C. ubi pet. tutor. (5. 32.).

s) Leyser Sp. 333. m. 6.

t) Stryk U. M. L. 26. T. 5. §. 8.

u) L. 3. 4. 24. h. t. (26. 5.). Huber prael. eod. §. 3. Hertel de tutore alienae iurisdict.

x) L. 21. §. 2. 5. 6. eod. L. 7. §. 1. L. 8. de confirm. tut. (26. 3.).

y) L. 6. §. 1. de tut. (26. 1.) L. 77. de R. I. (50. 17.).

z) §. 1. 2. I. de Atil. tut. (1. 20.) L. 10. de test. tut. (26. 2.) L. 2. 9. h. t. (26. 5.).

a) L. 8. §. 2. eod. L. 3. §. 8. de tut. (26. 1.).

b) L. 5. h. t. (26. 5.).

c) §. 17. I. de excusat. (1. 25.).

d) L. 27. h. t. (26. 5.) L. 21. §. 2. de excusat. (27. 1.) L. 5. §. 12. de reb. eor. (27. 9.). Voet L. 27. T. 9. §. 5. Pufendorf T. 2. Obs. 95.

*) S. §. 498. not. b.

§. 507.

4) Vertrags-mäſsige.

4) Eine vertragsmäſsige Tutel kommt im Römischen Recht nicht vor, sondern nur die Entscheidung, daſs der, welcher sich seiner Excusation nicht zu bedienen versprochen habe, nachher an diesen Vertrag gebunden sey e). Das Römische Recht verbietet aber auch nicht die vertragsmäſsige Tutel. Die Streitfrage: ob es eine solche gebe f)? läſst sich also nur insofern bejahend beantworten, als eine solche Tutel aus den allgemeinen Grundsätzen über die Verträge gerechtfertigt werden kann. Hienach (§. 160.) muſs denn der Vertrag des Vaters, als eines Dritten, für unwirksam erklärt werden, gesetzt das Kind sollte ihm unter Auctorität des Vaters mit geschlossen haben, indem aus einem solchen Vertrage auch Verpflichtungen für das Kind entspringen, welche die Auctorität des Vaters nicht begründen kann g). Die Rechtsbeständigkeit eines, vom Magistrat geschlossenen Vertrags (welche z. B. in Betreff fremder Gerichtsuntergehörigen wichtig werden kann) läſst sich aber gar nicht anfechten, da der Magistrat den Pupillen auf alle Weise zu vertreten verpflichtet ist. Man muſs jedoch eine solche, durch Vertrag begründete Tutel weder mit dem Fall vermengen, wenn ein Pflegvater (§. 493.), welcher als solcher aber nur bloſser Geschäftsführer ist h), durch eine sogenannte *tutela occupatitia* i) sich verlassener Kinder annimt, als mit der Uebertragung der Administration, welche durch ein Mandat, oder die Theilung der Tutel geschehen kann. Denn diese kannten auch die Römer schon als einen erlaubten Vertrag k). Verboten dagegen ist die, zum Theil ehemals den Agnaten an Agnaten erlaubte *tutela cessitia*, d. h. die gänzliche Abtretung der Tutel selbst l).

e) §. 9. I. de excus. (1. 25.) L. 15. §. 1. eod. (27. 1.). Uryhof Obs. cap. 9. Heineccius de tutela pactit. Lips. 1777.

f) Ueber die Geschichte des Streits vergl. Hallische Beytr. 1. B. S. 131. fgg. Müller ad Leyser Obs. 587.

g) §. 10. I. de inutil. stipul. (3. 20.).

h) S. die Lehre von Protutoren §. 534.

i) Vergl. I. I. Schierschmid de tutela occupat. Ien. 1742.

k) L. 5. §. 3. de admin. et per. tut. (26. 7.). Müller l. c. Obs. 589.

l) Gaii inst. L. 1. §. 168—172. Ulpian Fragm. XI. 7. 8. XIX. 2. C. G. Küstner de tutela cessitia. Lips. 1745. Schulting ad Ulp. Fragm. l. c. Heidelb. Jahrb. 1821. S. 477.

§. 508.

Verhältnifs aller zu einander.

Das Verhältnifs der bisher genannten Arten der Tutel wird durch folgende Regeln bestimmt: 1) Die testamentarischen Vormünder gehen allen andern vor m), und denselben Vorrang haben alle *tutores confirmandi* der Römer n). Wird 2) der testamentarische, oder gesetzliche Vormund einstweilen verhindert, so setzt der Magistrat einen interimistischen Tutor o). 3) Ist kein testamentarischer Vormund ernannt, so mufs der gesetzliche eintreten p). Fällt 4) der, zur Tutel Gerufene vor oder nach Uebernahme derselben weg, so setzt der Magistrat einen Tutor, wenn er bey Entfernung des Vormunds concurrirt, oder einer von mehreren ernannten Vormündern wegfällt, dem ein andrer zu substituiren ist; sonst aber trit der gesetzliche ein q). 5) Die vertragsmäfsige Tutel in dem eben angegebenen Sinn hat natürlich mit der *dativa* gleichen Rang.

§. 509.

II) Entstehung der Curatel.

II) Die Arten der Curatel sind verschieden, und eben so die Entstehungsgründe derselben. Nach den 12 Tafeln müssen 1) alle rasenden und blödsinnigen Mündigen einen Curator haben. Der nächste Erbe derselben (also auch der Sohn) mufs die Curatel, jedoch nach vorgängiger Untersuchung des Magistrats, übernehmen. Ist aber kein solcher da, so setzt die Obrigkeit nach Willkühr einen Curator r), auch mufs sie den, vom Vater ernannten bestätigen s). 2) Mündigen, welche auf eine unsinnige Art ihr Vermögen verschleudern, ist durch ein richterliches Decret die Verwaltung desselben zu nehmen t). Ist diefs ge-

m) L. 11. pr. de test. tut. (26. 2.).

n) L. 26. §. 2. L. 27. eod. Nov. 118. c. 5. Lauterbach coll. L. 26. T. 4. §. 4.

o) §. 1. 2. de Atil. tut. (1. 20.).

p) pr. I. de legit. agn. tutel. (1. 15.).

q) L. 11. de test. tutel. (26. 2.).

r) §. 4. I. de curat. (1. 23.) L. 6. L. 13. de curat. furios. (27. 10.) L. 5. C. de curat. furios. (5. 70.).

s) L. 7. §. 5. C. l. c. §. 1. I. de curat. (1. 23.).

t) L. 1. L. 10. pr. L. 15. pr. de curat. (27. 10.). Leyser Spec. 349. m. 1. 2. Klein Annalen 13. B. n. 304. Bülow u. Hagemann Erört. 3. B. n. 48. Ueberh. F. Hoppe Vers. die Lehre v. d. jurist. Verschwendern systemat. u. critisch zu bearbeiten. Giefs. 1803. G. F. I. Wicherlink de cura prodigorum. Lugd. Bat. 1821. Gesterding Nachforschungen. 1. B. nr. II.

schehen, so sind die nächsten Erben, wenn im Testament des Vaters kein zu confirmirender Curator ernannt ist, deren gesetzliche Curatoren, wobey jetzt auch der Sohn von der Obrigkeit zugelassen werden kann; im Abgange derselben aber bestellt ihnen der Richter nach Willkühr einen Curator u), und zwar bey einer testamentarischen Angabe des Vaters ohne weitere Untersuchung, ob der Sohn wirklich ein Verschwender ist x). 3) Stupiden und ausschweifenden Minderjährigen mufste, wie manche unsrer Juristen, aber ohne allen Grund, glauben, der Magistrat nach der *L. Laetoria* einen Curator bestellen y). Die übrigen Minderjährigen mufsten auf allen Fall nur dann bey den Römern einen Curator annehmen, wenn ihnen derselbe im Testament bestellt war z); sonst aber nur in gewissen einzelnen Fällen; doch konnten sie sich immer einen solchen erbitten, welchen sie dann bis zur Volljährigkeit behalten mufsten a). Die Reichsgesetze haben die allgemeine Vorschrift, dafs allen Minderjährigen Curatoren gesetzt werden sollen; dafs auch im Testament die Ernennung derselben geschehen kann; und dafs die nächsten Blutsfreunde gesetzliche Curatoren derselben sind b). Es ist nun also die Curatel der Minderjährigen in Rücksicht des Ursprungs eben so mannigfaltig, als die Tutel. 4) Selbst Unmündigen, welche unter Tutoren, und Minderjährigen, welche unter der väterlichen Gewalt stehen, kann zur Beyhülfe des Tutors, oder für einzelne Sachen und Geschäfte, ein Special-Vormund gegeben werden, welcher bald

u) L. 1. L. 10. L. 15. cit. Ueber das Recht des Sohns vergl. L. 1. §. 1. eod. L. 12. §. 1. de tutor. et curat. dat. (26. 5.) L. 40. de R. I. (50. 17.). Hoppe a. a. O. §. 5. S. 30. C. L. Crell de filio patris aut matr. curatore. Vit. 1754.

x) L. 16. §. 1. 3. h. t. (27. 10.). A. M. ist Faber iurispr. Pap. T. 12. P. 3. Illat. 13.

y) Vergl. Hertoghe de Tribon. circa leg. Laetor. non errant. Hetzer de L. Laetoria (in Fellenberg iur. ant. T. 2. n. 21.) mit L. I. F. Hoepfner de L. Laetoria et cura minorum. Giess. 1778.

z) §. 1. I. h. t. (1. 23.).

a) §. 2. I. l. c. L. 2. C. qui legit. stand. pers. in iudic. hab. (3. 6.) L. 7. C. qui pet. tut. vel cur. (5. 31.) L. 1. §. 3. L. 7. §. 2. de minor. (4. 4.) L. 2. §. 4. 5. qui pet. tut. (26. 6.) L. 13. §. 2. de tutor. et curat. dat. (26. 5.). Hetzer l. c. §. 12. Hoepfner l. c. §. 2. I. F. Meyer de eo quod interest inter tutelam et curam aetatis. Goett. 1792. §. 14. fgg. A. M. ist G. C. Crusius ad constit. D. Marci de curat. minor. (in Fellenberg iur. ant. T. 2. n. 20.).

b) Pol. O. v. 1577. Tit. 32.

Tutor, bald Curator heiſst c). 5) Allen Personen, welche an einem völligen Unvermögen leiden, ihren Geschäften vorzustehen (preſshafte Personen), ist gleichfalls vom Magistrat ein Curator zu bestellen d). Ist Jemand abwesend, ohne daſs man seinen Aufenthalt weiſs, so muſs für die zurückgelassenen Sachen desselben gleichfalls ein sogenannter *Curator absentis* bestellt werden e), und zwar sind dazu die nächsten Intestat-Erben f), oder, wenn diese selbst unfähig sind, deren Vormünder zu wählen g). Ueber die sogenannte *cura ventris* h), und die Curatel über eine Erbschafts- oder Concursmasse i), ist unten in der Lehre vom Erbrecht und Concurse das Nöthige zu erinnern. Die, bloſs auf particulairen Deutschen Statuten beruhende Lehre von der Geschlechtsvormundschaft ist hier aber ganz zu übergehen.

§. 510.

Pflicht und Recht, Vormünder zu erbitten.

Zur Unterstützung der Polizey-Gewalt ist es jedem Freunde, Verwandten und Gläubiger erlaubt, den Magistrat auf die Fälle, da ein Vormund zu bestellen, oder zu bestätigen ist, aufmerksam zu machen, und demselben tüchtige Subjecte in Vorschlag zu bringen k). Der Mutter, sofern sie nämlich nicht Vormünderin seyn will, oder seyn kann l), und den übrigen Intestat-Erben *), sofern sie nicht die Tutel übernehmen, ist es sogar bey Strafe zur Pflicht gemacht, dem Unmündigen einen Tutor, oder, wo er dessen bedarf, einen Curator m), zu erbitten, oder die Bestätigung des unvollkommen ernannten Vormundes

c) L. 13. de tutel. (26. 1.) Tit. C. in quib. cas. tut. vel curat. hab. (5. 36.) Nov. 117. c. 1. vergl. mit den Allegaten in §. 498. not. b.

d) §. 4. I. h. t. (1. 23.) L. 12. pr. de tutor. et curat. dat. (26. 5.).

e) Leyser Sp. 97. m. 3. Voet L. 10. Tit. 2. §. 18. Bardili de curatore bonor. absent. Tub. 1667. Schmalcalder de eo quod iust. est circa eos qui disparuerunt. Tub. 1758. Schorch de cura bonor. absent. Lips. 1761.

f) Leyser Sp. 97. m. 6.

g) Leyser Sp. 330. m. 6.

h) Tit. P. de ventre in poss. mitt. (37. 9.).

i) Tit. P. de curatore bon. dando (42. 8.).

k) L. 2. §. 1. qui pet. tut. (26. 6.) L. 1. 4. 7. C. eod. (5. 31.).

l) Struv Ex. L. 26. T. 6. §. 32.

*) A. M. ist Lauterbach coll. L. 26. P. 6. §. 6. wegen L. 2. §. 1. h. t. (26. 6.). Allein s. dagegen L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.). Voet L. 26. T. 6. §. 2.

m) Z. B. wenn der Tutor angeklagt ist. L. 4. §. 2. h. t. (26. 6.).

zu verlangen [n]). Versäumen sie diefs sofort zu thun, d. h. innerhalb eines Jahres [o]), oder bringen sie leichtsinnig, oder arglistig unfähige, oder eine Excusation habende, und sich derselben wirksam bedienende [p]) Personen in Vorschlag, so werden sie von der Intestat-Erbfolge im Vermögen des Kindes, und als dessen Pupillar-Substituten ausgeschlossen [q]), und zwar zum Vortheil der nächsten Erben [r]), nicht aber von dem, was ihnen wegen eines andern Grundes aus der Masse des Kindes gebührt [s]). Eben diese Strafe trit ein, wenn sie einem Mündigen, welcher einen Curator haben mufs, aber kein Testament errichten darf, keinen, oder einen verwerflichen Curator gebeten haben [t]). Die Rechtsunwissenheit befreyet nicht von dieser Strafe [u]); doch fällt sie weg: A) wenn das Kind durchaus, oder für die Zeit, da es eines Vormundes bedarf, ohne alles Vermögen [x]); B) wenn die nachlässige Mutter minderjährig [y]); C) wenn das Kind nach erlangter Fähigkeit, ein Testament zu errichten, gestorben ist [z]); endlich D) wenn die Intestat-Erben verhindert waren, oder ihnen ein Andrer zuvorgekommen ist [a]). Die heutige Anwendbarkeit dieser Sätze ist juristisch nicht zu bestreiten [b]), und eben so wenig läfst sich die, eben unter C) gedachte Ausnahme als durch das Recht der Novellen aufgehoben ansehen [c]). — In allen Fällen ist aber der Magistrat jetzt, auch unaufgerufen, verpflichtet, Vormünder zu bestellen [d]).

n) L. 2. §. 2. L. 4. pr. eod.

o) L. 2. §. 43. ad SCt. Tertull. (38. 17.). Lauterbach coll. L. 26. T. 6. §. 3.

p) L. 2. §. 1. h. t. (26. 6.) L. 2. §. 32—41. ad SCt. Tertull. (38. 17.).

q) L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.) L. 6. C. ad SCt. Tertull. (6. 56.). Engau de poenis in petendo tutore negligent. Ien. 1748.

r) L. 2. §. 1. h. t. (2. 6.) L. 2. §. 23. ad SCt. Tertull. (38. 17.) L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.).

s) L. 4. §. 3. h. t. (26. 6.).

t) L. 2. §. 29. 30. 31. ad SCt. Tertull. (38. 17.). Stryk U. M. L. 26. T. 1. §. 34.

u) L. 11. C. h. t. (5. 31.).

x) L. 2. §. 26. 45. 46. ad SCt. Tert. (38. 17.).

y) L. 2. C. si advers. delict. (2. 35.).

z) L. 3. C. ad SCt. Tertull. (6. 56.).

a) L. 2. §. 27. 28. D. eod. (38. 17.) L. 8. C. h. t. (5. 31.).

b) Engau l. c. A. M. ist I. C. Frank de success. matri in tutore liberis petendo negligenti hodierno iure non adimenda. Hal. 1718.

c) Man mufs diefs aber nur besser beweisen als Walch ius contr. p. 97. nämlich daraus, dafs der pubes ungeachtet Nov. 115. cap. 4. noch Mittel genug hat, seine Empfindlichkeit zu beweisen.

d) Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 1. Müller ad Leyser Obs. 693.

Zweyte Abtheilung.

Ueber die, aus der Delation, Uebernehmung und Führung der Vormundschaft entspringenden Rechtsverhältnisse.

§. 511.

I) Pflichten und Rechte bey Delation der Vormundschaft.

Jeder Staatsbürger ist als solcher verpflichtet, eine, ihm durch Gesetz, Testament oder obrigkeitliche Berufung übertragene Vormundschaft zu übernehmen e), zwar nicht mit Aufopferung seines Vermögens, aber doch in Rücksicht seiner Dienste unentgeltlich f); wiewohl man in Deutschland den Vormündern häufig Ansprüche auf ein billiges Honorar gestattet g). Nur die *cura bonorum* im Concurse ist, wenn nicht ein Nothfall eintrit, als ein ganz freywilliges Amt zu behandeln *). Vom Augenblick der deferirten Vormundschaft fängt die Verantwortlichkeit wegen vernachlässigter Administration an h), und wegen aller, von diesem Augenblick für den Pupillen besorgten Geschäfte kann der Vormund als solcher belangt werden i). Die Zeit der Delation ist bey der Dativ-Vormundschaft der Augenblick der Berufung; bey der gesetzlichen und testamentarischen (wenn nämlich die letzte durch Antretung der Erbschaft, die erste durch den Tod begründet ist) der Augenblick der Wissenschaft des unbedingten Anfalls k). Nur in einigen Fällen kann sich der Bürger, wenn er sich darauf beruft, der Vormundschaft entziehen *(excusatio voluntaria)*; jedoch in der Regel nur von einer ihm angetragenen, in einigen Fällen aber von einer bereits übernommenen Vormundschaft l).

e) L. 6. §. 15. de excusat. (27. 1.) L. 1. pr. de admin. tut. (26. 7.).

f) L. 6. §. 15. de excus. (27. 1.) L. 1. §. ult. de muner. et honor. (50. 4.).

g) L. Menke de salario tutor. et curator. B. L. Mollenbeck de salar. tut. Giess. 1704. Runde Priv. R. §. 630.

*) L. 2. §. 3. de curat. bon. dand. (42. 7.).

h) L. 40. L. 58. §. 2. de admin. tut. (26. 7.) L. 1. C. de test. tut. (5. 28.).

i) L. 1. 4. C. eod.

k) §. 16. I. de excus. (1. 25.) L. 13. §. 9. L. 21. §. 1. L. pen. §. 1. eod. (27. 1.) L. 6. C. eod. (5. 62.).

l) F. v. d. Brandeler de excus. tutor. et curat. Ultr. 1738. I. G. Scherz de excus. tut. Argent. 1713. G. A. Jenichen obs. sel. ex iure Germ. et S. R. I. publico de excus. tut. et curat. Giess. 1755.

§. 512.

Excusations-Recht.

Von einer angetragenen sowohl als von einer übernommenen Vormundschaft kann sich befreyen: A) Jeder, welchem Armuth oder Krankheit die Führung derselben zu beschwerlich oder unmöglich macht m). B) Jeder, welcher auf Befehl des Regenten seinen Wohnort ändert, sofern das Rescript angibt, daſs der Regent die Vormundschaft kannte n). Unter gewissen Einschränkungen C) derjenige, welcher in Angelegenheiten der *res publica*, d. h. des Staats o), verreist ist, nämlich insofern, daſs er während der Abwesenheit die Administration der übernommenen Vormundschaften, und, wenn er über See verreist, die Vormundschaft selbst ganz abgeben kann p). Endlich D) Jeder, welcher in das *consilium principis* aufgenommen ist q).

§. 513.

Fortsetzung.

Bloſs von der angetragenen Vormundschaft können sich entschuldigen: A) Personen, welche über 70 Jahre alt sind r). B) Die, welche in Angelegenheiten des Staats verreist sind, sofern ihnen bis zum ersten Jahr nach ihrer Rückkunft ein solches Amt angetragen wird s). C) Höhere Magistratspersonen t), welches man jetzt auf alle Obrigkeiten auszudehnen pflegt u). D) Bey den Protestanten alle Geistlichen x). E) Alle (Poeten und Musiker ausgenommen), welche als Lehrer freyer Wissenschaften öffentlich bestellt, oder als Lehrer solcher Wissenschaften, oder als Aerzte in ihrer Vaterstadt thätig sind y), wohin man jetzt alle

m) §. 6. I. h. t. (1. 25.) L. 7. L. 40. h. t. (27. 1.).

n) L. 12. §. 1. eod. Archiv für civil. Prax. 8. B. 2. Hft. S. 266—268.

o) A. M. ist Huber prael. ad I. L. 1. T. 25. §. 3. arg. L. 10. pr. h. t. (27. 1.). Allein s. §. 2. I. eod.

p) §. 2. I. l. c. L. 10. pr. §. 2. eod. (27. 1.) L. 11. §. 2. de minor. (4. 4.).

q) L. 30. pr. h. t. (27. 1.). E. G. Klügel de honorib. a tutel. et cur. excus. Vit. 1758.

r) §. 13. I. h. t. (1. 25.) L. 2. pr. §. 1. eod. (27. 1.) L. un. C. qui aetat. se excusar. (5. 68.) L. ult. C. qui aetat. vel profess. (10. 49.). A. M. ist Voet L. 27. T. I. §. 7.

s) §. 2. I. h. t. (1. 25.) L. 10. pr. §. 2. eod. (27. 1.). Toullieu collect. n. 7.

t) §. 3. I. eod. A. M. ist Giphanius ad §. 3. cit.

u) Sande L. 1. Dec. 9. Def. 6. Schilter Ex. 27. §. 161. Stryk L. 27. T. 1. §. 3.

x) S. oben §. 501.

y) §. 15. I. h. t. (1. 25.) L. 6. §. 1—9. eod. (27. 1.) L. 6. C. de profess. et med. (10. 52.). Otto Thes. T. 4. p. 1578.

Professoren und academischen Docenten, welche jedoch gegen Kinder ihrer Collegen dieses Vorrechts nicht genieſsen, zu rechnen pflegt [z]). Nach den Gesetzen ist der Unfleiſs ein Entsetzungsgrund vom Lehramt; aber auch vor der Entsetzung hat der Unfleiſsige keine Excusation [a]). F) Ein gleiches Privilegium hatten bey den Römern gekrönte Athleten [b]), Senatoren als berufene Vormünder eines Plebejers [c]), und manche Zünfte [d]). Mit dem Object fallen aber jetzt alle diese Vorrechte weg. G) Sind drey, nicht auf kurze Zeit angeordnete, und nicht ein einziges Vermögen begreifende [e]) Tutelen in Einem Hause, welche auf Gefahr des Familien-Vaters administrirt werden [f]), so braucht ein Mitglied dieser Familie keine neue zu übernehmen [g]), wenn nicht jene gesucht oder unbedeutend sind [h]). Eine einzige höchst beschwerliche Vormundschaft kann aber auch für drey gezählt werden [i]). Gleichfalls excusirt ist H) Jeder, welcher in Rom 3, in Italien 4, in den Provinzen 5 eheliche, lebende, oder im Kriege gebliebene Kinder gezeugt hat [k]); doch ist in Deutschland diese Verordnung schwer anzuwenden [l]). Ein gleiches Privilegium haben I) die, wenn man sie so nennen will, Erbpächter, nicht aber die Zeitpächter landesherrlicher Güter [m]), so wie K) Alle, welche Sachen des Fiscus, und besondere Angelegenheiten des Regenten administriren und besorgen [n]), welches auf Geschäftsführer der Städte nicht zu erstrecken ist [o]). L) Jeder, welcher da, wo er zum Vormunde bestellt wird, seinen Wohnsitz nicht hat [p]). Auch kann man M) die

z) L. 41. §. 3. h. t. (27. 1.). Stryk l. c. §. 4.

a) L. 11. §. 3. de muner. et honor. (50. 4.) L. 2. L. 8. C. de professor. (10. 52.) vergl. mit L. 6. §. 4. h. t. (27. 1.).

b) L. 6. §. 13. h. t. (27. 1.) L. un. C. de athletis (10. 53.).

c) L. 15. §. 2. 3. h. t. (27. 1.).

d) L. 17. §. 2. 3. L. 26. L. 41. §. 3. L. ult. pr. §. 1. eod.

e) L. 2. §. ult. L. 3. L. 17. pr. eod.

f) L. 7. de tutel. (26. 1.) L. 21. de admin. tut. (26. 7.).

g) L. 4. 5. h. t. (27. 1.). Huber Digr. L. 3. c. 23.

h) L. 15. §. 15. L. 31. eod.

i) L. 31. §. ult. eod.

k) L. 2. §. 2—8. L. 48. eod. pr. I. eod. (1. 25.).

l) Höpfner Comm. §. 240.

m) L. 8. C. h. t. (5. 62.) vergl. mit L. ult. C. qui tut. dar. poss. (5. 34.), vergl. mit Müller ad Leyser Obs. 85. Savigny Rede über den Römischen Colonat. Berlin 1823.

n) §. 1. I. h. t. (1. 25.) L. 22. §. 1. h. t. (27. 1.) L. 10. C. eod. (5. 62.).

o) L. ult. C. qui tut. dar. poss. (5. 34.).

p) L. ult. §. 2. h. t. (27. 1.) L. 32. de test. tutel. (26. 2.).

Administration der, in einer andern Provinz, oder über 100 Meilen von dem Ort, wo die Vormundschaft geführt wird, entlegenen Sachen ablehnen q), so wie N) eine, blofs aus Hafs vom Testator angeordnete Tutel r). O) Soldaten, welche ehrenvoll entlassen wurden. Man unterscheide aber: a) geschah die Entlassung wegen Endigung der Capitulation, so sind sie auf immer entschuldigt; jedoch sind nach einem Jahr Cameraden-Kinder des ersten Grades ausgenommen s). b) Erfolgt die Entlassung aus andern Gründen, so haben sie von da an 1, 2, 3, 4 Jahre, oder auf immer eine Excusation, je nachdem sie über 5, 8, 12, 16 oder 20 Jahre dienten t). Auf Cameraden-Kinder erstreckt sich, das erste Jahr abgerechnet, das Vorrecht nicht u); doch brauchen Veteranen die Vormundschaft nur über Ein Cameraden-Kind zu übernehmen x). c) Entlassene Schaarwächter haben nur 1 Jahr eine Excusation y). Endlich hat P) der, zur Curatel eines Minderjährigen Gerufene, welcher vorher Tutor desselben gewesen war, eben dadurch einen Entschuldigungsgrund z). Uebrigens stehen diese Excusationen allen, selbst den gesetzlichen Vormündern zu a); sie fallen aber dagegen unbedingt weg, wenn der Berufene dem Vater des Kindes versprochen hat, sich seiner Excusation nicht zu bedienen b), oder wenn er das, was ihm mit Rücksicht auf die Vormundschaft hinterlassen ist, angenommen hat c).

§. 514.

Verfahren über die Excusation, und deren Wirkungen.

Die Vorschützung und Ausführung der Excusation mufs bey dem competenten Magistrat binnen einer gewissen Zeit d), und

q) L. 10. §. 4. L. 21. §. 2. 3. h. t. (27. 1.).

r) §. 9. I. h. t. (1. 25.) L. 6. §. 17. eod. (27. 1.) L. 14. C. eod. (5. 62.).

s) L. 8. pr. h. t. (27. 1.).

t) L. 8. §. 2. 3. eod. L. 1. C. de exc. veter. (5. 65.) L. 3. C. de his qui non impl. stip. (10. 54.).

u) arg. L. 8. pr. h. t. (27. 1.).

x) L. 2. C. h. t. (5. 65.).

y) L. 8. §. 4. h. t. (27. 1.).

z) L. 18. I. h. t. (1. 25.) L. 20. C. eod. (5. 62.). Die Nichtanwendbarkeit dieser Bestimmung vertheidigt ohne Grund Höpfner Comm. §. 246.

a) §. 16. I. l. c. L. 2. §. 5. L. 30. §. 2. h. t. (27. 1.) L. 1. 4. C. de legit. tutel. (5. 30.) L. 9. C. qui dar. tut. (5. 34.). Schulting ad Ulp. Fr. T. 11. §. 17. Mühlenbruch doctr. pand. T. 2. §. 315. A. M. ist Cuiac in not. ibid.

b) S. oben §. 507.

c) L. 5. §. 2. de his quae ut indignis (34. 9.).

d) L. 13. §. 1. 2. L. 16. L. 38. L. 39. L. 45. §. 1. h. t. (27. 1.).

zwar die Ausführung mündlich, wenn auch durch einen Procurator e), unter Zuziehung der Verwandten des Pupillen und des Curanden selbst geschehen f). Wird die Excusation verworfen, so kann gegen das Decret appellirt werden g). Wird sie aber überall für unzulässig erklärt, so ist der Vormund für den, in der Zwischenzeit geschehenen Schaden verantwortlich h). Während des Verfahrens über die Excusation ist ein Curator zu bestellen i). Wird sie angenommen, so ist der Vormund frey; doch ist das Decret, sofern er es durch falsche Gründe erschlichen hat, null und nichtig, und aller Schaden geht auf seine Rechnung vom Augenblick der deferirten Vormundschaft k). Auch verliert der testamentarische Vormund, welcher sich excusirt, Alles, was ihm freywillig mit Rücksicht darauf, dafs er die Vormundschaft übernehmen werde, im Testament hinterlassen ist l), und eben diefs gilt von dem *tutore confirmando* m).

§. 515.

II) Pflichten bey Uebernahme der Vormundschaft.

Kann ein Vormund sich der Vormundschaft nicht entziehen, so mufs er bey Uebernehmung derselben A) nach Vorschrift der Reichsgesetze n), sofern er ein *tutor administrans* (§. 499.) ist oder seyn will o), sich die Administration von der Obrigkeit gestatten lassen; doch ist er auch vorher, wo Gefahr beym Verzuge ist, einzutreten verpflichtet p). Die testamentarische und gesetzliche Vormundschaft ist aber durch diese Vorschrift nicht aufge-

e) L. 71. de R. I. (50. 17.) vergl. mit L. 13. §. 10. h. t. (27. 1.). Donellus comm. L. 3. c. 9. Hahn ad Wesenb. L. 27. T. 1. in f. A. M. ist Lauterbach coll. L. 27. T. 1. §. 19.

f) L. 1. C. si tut. vel cur. fals. alleg. (5. 63.).

g) L. 4. pr. D. L. 6. L. 15. L. 18. C. h. t. (5. 62.) L. 20. de administr. tut. (26. 7.) L. 10. §. 4. L. 17. §. 1. de appell. (49. 1.).

h) L. 15. C. h. t. (5. 62.) L. 20. L. 39. §. 6. de admin. tut. (26. 7.).

i) L. 17. §. 1. de appell. (49. 5.).

k) §. ult. I. de excus. (1. 25.) L. 1. 3. C. si tut. fals. alleg. (5. 63.). A. M. ist zum Theil Müller ad Leyser Obs. 608.

l) L. 28. §. 1. L. 32. L. 34. L. 36. pr. h. t. (27. 1.). Voet eod. §. 6. Haubold D. quatenus tutor excusatione usus legatum amittat. (opusc. T. 1. nr. 8.).

m) L. 32. de excus. (27. 1.).

n) Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 2.

o) Lauterbach coll. L. 26. T. 7. §. 2. Stryk eod. T. §. 6. Müller ad Leyser Obs. 593.

p) L. 7. pr. de admin. tut. (26. 7.).

hoben q). Ferner müssen B) alle Vormünder über ihre Amtspflichten einen Eid leisten r); und C) durch Bürgen wegen ihrer Verwaltung Sicherheit stellen, widrigenfalls sie von Amtswegen zu entfernen sind s). Bey den Römern waren testamentarische, und vom höheren Magistrat nach vorgängiger Untersuchung bestellte Vormünder von der letzten Pflicht befreyt, so wie die Waisenvorsteher t). Sodann mufs D) jeder Vormund über die, ihm anvertrauten Güter, um darüber gültige Verfügungen treffen zu können, ein öffentliches Inventarium sofort nach seiner Bestätigung errichten u). Versäumt er diefs, so kann in der Folge durch einen blofsen Eid des Klägers der Beweis gegen ihn geführt werden x); auch trifft ihn die Strafe der Entsetzung und Infamie y). Nur dann wird die Errichtung eines öffentlichen Inventars nicht von ihm verlangt, oder die Nichterrichtung verziehen, wenn er es nicht aufnehmen konnte, also wenn der Mündel durchaus nichts hat, oder der Vormund durch Krankheit gehindert ward z), oder wenn der Testator, von dem das Vermögen des Kindes hinterlassen war, die Inventirung verboten hat a). Das Letzte entbindet jedoch den Vormund nicht von der Verpflichtung, ordentlich hauszuhalten, und nachher Rechnung abzulegen b). Dafs der Mutter die Inventirung nachgelassen sey, wie Manche c) meynen, steht nirgend d). Endlich sind E) mehrere, zugleich zur Administration gerufene Vor-

q) Stryk U. M. L. 26. T. 3. §. 5. Lauterbach coll. L. 26. T. 3. §. 7. T. 7. §. 3—8. Grass collat. iur. Rom. Sect. 1. §. 7. Archiv für civilist. Praxis 1. B. 3. St. nr. 27.

r) Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. Dasselbe sagt auch schon Nov. 72. c. 8., welche nicht auf eigentliche Curatoren allein zu beziehen ist. Konopak Institut. §. 170.

s) Pol. Ordn. a. a. O. vergl. mit L. 2. C. si tut. satis non ded. (5. 42.). Lauterbach l. c. §. 15. In Praxi hält man den Besitz unbeweglicher Güter für hinlänglich. Schilter Ex. 37. §. 88.

t) Tit. I. de satisdat. tutor. (1. 24.) Nov. 131. c. 15.

u) L. 7. pr. de admin. tut. (26. 7.) L. 24. C. eod. (5. 37.) Nov. 131. c. 15.

x) L. 7. pr. cit.

y) L. ult. §. 1. C. arbitr. tut. (5. 51.).

z) L. 7. pr. de admin. tut. (26. 7.). Viel zu weit gehen Mevius P. 4. Dec. 8. Leyser Sp. 33. m. 13.

a) L. ult. §. 1. C. arbitr. tutel. (5. 51.). Vinnius quaest. sel. L. 2. c. 16. C. M. Daegener de inventar. confect. et ration. reddit. matri tutrici et heredi remissa invalida. Lips. 1724. Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. 2. 3. Hft. S. 394—396.

b) L. 5. §. 7. h. t. (26. 7.). S. F. Rappold aneglosticum occas. L. 5. §. 7. cit. Alt. 1685.

c) Hellfeld iur. for. §. 1331.

d) Struv Ex. 31. §. 36.

münder verpflichtet, dafür zu sorgen, dafs Einer aus ihrer Mitte allein die Verwaltung übernehme; doch ist diese Pflicht nicht unbedingt. Es kann nämlich a) die Majorität der Vormünder Einem allein die Verwaltung übertragen. b) Kann, wenn mehrere Vormünder concurriren, welche nach Römischem Recht keine Satisdation zu leisten brauchen, der eine durch Bestellung der Sicherheit die andern, gar nicht, oder nicht so gut cavirenden ausschliefsen, eine Vorschrift, welche jetzt, da alle Vormünder caviren müssen, nur dann anwendbar ist, wenn einem die Cautions-Leistung überhaupt, oder verhältnifsmäfsig unmöglich seyn sollte. Endlich c) kann der Richter die Vormünder zur Uebertragung ihrer gesammten Rechte an einen Mitvormund zu bewegen suchen. Ist der Vereinigungsversuch fruchtlos, so kann der Richter wählen: doch müssen alle zur Verwaltung gelassen werden, wenn sie darauf bestehen e).

§. 516.

III) Rechtsverhältnisse nach der Uebernahme.

Nach übernommener Vormundschaft entspringen aus der Uebernahme und Verwaltung derselben doppelte Rechtsverhältnisse, Theils in Rücksicht des Vormundes im Verhältnifs zu dem Untergebenen und dessen Vermögen, Theils mit Rücksicht beider im Verhältnifs zu einem Dritten. Um die Darstellung zu vereinfachen, soll hier die Tutel und Curatel der Minderjährigen mit einander verbunden werden. Denn das Princip der Römer, dafs der Tutor der Person und den Sachen des Pupillen, der Curator des Minderjährigen hingegen blofs den Sachen desselben vorgesetzt sey f), ist durch die Reichsgesetze dahin aufgehoben, dafs jedem Vormunde eines Minderjährigen die Person und die Sachen desselben unterworfen seyn sollen g). Nur insofern ist der Unmündige noch jetzt

e) Vergl. überh. §. 1. I. de satisd. tut. (1. 24.) L. 17. L. 18. L. 19. §. 1. de test. tut. (26. 2.) L. 3. §. 6—9. de administr. tut. (26. 7.) L. 14. §. 1. de solut. (46. 3.).

f) L. 1. pr. §. 1. de tutel. (26. 1.) pr. I. de curat. (1. 23.).

g) Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. C. G. Gaertner D. iure germ. inter impub. et minores, tutores et curatores non distingui. Lips. 1732. G. Beyer de hodiern. tut. et cur. differ. Lips. 1703. G. A. Jenichen de necessario tutor. in sponsal. minor. consensu. Lips. 1730. I. F. Meyer comment. de eo quod interest inter tutel. et cur. aetat. Goett. 1792. (auch deutsch, Frkf. a. M. 1803.) §. 37. fgg. A. M. ist mit Vielen Höpfner Comm. §. 230. u. Weber das. not. 5. I. C

von dem Mündigen zu unterscheiden, als das Römische Recht den letzten, ungeachtet er in Betreff seiner Güter unter Curatoren steht, dennoch, wie bey dem Recht zu testiren, in Rücksicht dieser Güter für unabhängig erklärt, oder den Curator, wie bey Ertheilung seiner Zustimmung, selbst da, wo er handeln muſs, nicht ganz dem Tutor gleichsetzt. Denn diese Besonderheiten stehen mit der Vorschrift, daſs der Curator auch der Person vorstehe, nicht in Widerstreit.

§. 517.

1) Pflichten des administrirenden Vormundes Minderjähriger gegen den Mündel.

Man muſs zuvörderst die Pflichten des administrirenden Vormundes von denen des *honorarii* unterscheiden. In Rücksicht der ersten ist es Hauptgrundsatz, daſs der Vormund sich jedes geringsten Versehens enthalten, und vollen positiven Fleiſs den Sachen des Mündels widmen muſs, und zwar unbedingt, wo er sich zur Verwaltung aufdrängte, sonst aber nur insofern, als er nicht beweist, daſs seine diligentia in concreto geringer sey h). Erlieſs ihm der Mündel gültig die Rechnungsablegung, so haftet er überhaupt nur wegen grober Versehen, sofern ihm nicht eine gröſsere diligentia in concreto erwiesen wird; und eben so, wenn er einen zufälligen Gewinn versäumte, oder ein, vom Vater des Mündels ausgeliehenes Capital unsicher wird *). Die Erben des Vormundes brauchen, wenn nicht die Sache schon bey dem Leben desselben anhängig gemacht war, bloſs die *culpa lata* ihres Erblassers zu verantworten, sofern sie nicht durch geringere Versehen desselben berei-

Brandenburg comm. exponens different. iur. R. inter tutor. et curat., nec non principia de applicat. earum hodierna. Hanov. 1793.

h) L. 33. pr. de admin. tut. (26. 7.) L. 1. pr. de tutel. et rat. distr. (27. 3.) L. 53. §. 3. de furt. (47. 2.) L. 7. C. arbitr. tutel. (5. 51.). Donell comment. L. 15. c. 20. A. M. ist Franzke Ex. 3. qu. 9. Schöman Handb. 1. B. S. 322. fgg. Löhr Theorie der Culpa S. 168. 169. und zum Theil Hasse v. d. Culpa S. 334—370. 601—615. Kritz über die Culpa. S. 165—178.

*) L. 7. §. 2. L. 41. de adm. tut. (26. 7.) L. 119. de leg. 1. (30.) L. 20. §. 1. de liberat. leg. (34. 3.) L. 72. §. 3. de cond. et dem. (35. 1.) L. 2. C. arbitr. tutel. (5. 51.). Noch weiter geht Voet L. 27. T. 3. §. 12.

chert sind i). Die Amtsverrichtungen des Vormundes k) sind jedoch nicht unbedingt dem Ermessen desselben überlassen, sondern in einigen Fällen ist noch die Zustimmung der Obrigkeit erfoderlich.

§. 518.

A) Ohne Concurrenz des Richters.

Ohne Concurrenz der Obrigkeit kann und muſs der Vormund A) die Person seines Mündels auf jede Art vertheidigen l); doch trägt er alle, aus einem leichtsinnig angefangenen Proceſs entspringenden nachtheiligen Folgen m). B) Das Vermögen des Pupillen muſs er als ein guter Hausvater behandeln, also das Nöthige auf die Erhaltung der Sachen verwenden n), sie wohl verwahren o), und die ausstehenden Activa des Mündels, sofern Gewinn dabey zu hoffen ist, eintreiben p), wobey er gegen sich selbst, wenn er Schuldner ist, wie gegen einen Dritten verfahren muſs q). Gehen die Capitalien durch seine Saumseligkeit verloren, so haftet er dafür r); doch wird in Rücksicht der, von dem Vorgänger im Amt, oder von dem Vater des Mündels ausgeliehenen Gelder, wenn er nicht das Anlehn billigte (welches dann den Vorgänger ganz auſser Verantwortung stellt), nicht mit voller Strenge gegen ihn verfahren s). Von den, nicht eingehobenen Zinsen muſs der Vormund zur Strafe wieder Zinsen geben t), sogar dann, wenn er selbst als Schuldner in Rückstand blieb u). Auch ist er schuldig, alle,

i) L. 1. C. de hered. tutor. (5. 54.). Hotomann L. 12. Obs. 22. A. M. sind Cuiac L. 13. Obs. c. 39. Wehrn de dolo, culpa etc. §. 40. et ibi citat. C. Thomasius de culpa ab hered. tutor. praestanda. Hal. 1701. Kern de obligat. tut. defuncti ex persona heredis haud minuta. Goett. 1782.

k) S. überh. Claproth Unterricht für Vormünder. Leipz. 1773.

l) L. 14. de test. tut. (26. 2.) L. 30. h. t. (26. 7.). I. G. Schlosser de offic. tutor. circa lites pupillor. Alt. 1762.

m) L. 9. §. 6. eod. L. 6. C. eod. (5. 37.). Leyser Sp. 333. m. 11. Müller Obs. 601.

n) L. 22. C. eod.

o) L. 24. C. eod.

p) L. 15. L. 46. §. ult. h. t. (26. 7.). Leyser Sp. 333. m. 10. P. Müller de pecunia pupillari. Ien. 1678.

q) L. 9. §. 1. 2. 3. eod.

r) L. 15. L. 39. pr. L. 43. pr. L. 47. §. 5. L. 50. eod. Archiv für civilist. Praxis 2. B. 2. St. nr. 20.

s) L. 35. L. 44. pr. eod. L. 19. de tutel. et rat. distr. (27. 3.) L. 2. C. arbitr. tut. (5. 51.).

t) L. 7. §. 3. L. 10. L. 15. L. 58. §. 1. h. t. (26. 7.).

u) L. Menken de tutore ad usur. usurar. obligat. §. 3. fgg. A. M. sind Meditationen über versch. Rechtsmat. 1. B. n. 31.

dem Verderben ausgesetzten Sachen zeitig zu veräufsern x). Ferner mufs er C) das Vermögen des Pupillen zu vermehren suchen, und zu dem Ende die Capitalien desselben, wenn es möglich ist, (welches man vermuthet, sofern er seine eignen Gelder angebracht hat y)) sicher, d. h. gegen Bürgen oder Pfänder, auf Zinsen ausleihen z). Justinian hat ihm freilich das Anlegen der Mündelgelder nur zur Pflicht gemacht, wenn sonst das Vermögen des Mündels angegriffen werden müfste a), und ihm aufser diesem Fall nur erlaubt, auf seine eigne Gefahr die Mündelgelder, gegen ein jährliches Laxamentum von 2 Monaten b), auszuleihen, oder vorsichtig zum Ankauf ergiebiger Grundstücke anzuwenden. Allein unsre Praxis pflegt den Vormund unbedingt zu verpflichten, die Gelder des Mündels nicht müssig liegen zu lassen c). Versäumt er das Ausleihen, wo er dazu gehalten ist, so mufs er im ersten Jahr der Verwaltung vom Augenblick der Einhebung der Gelder nach 6, in den folgenden Jahren nach 2 Monaten zur Strafe landesübliche Zinsen geben d). Auch sich selbst kann er, wenn es öffentlich und ohne Gefährde geschieht, ein Capital als verzinslich zuschreiben, und Mündelgelder auf seinen Namen ausleihen, in welchem letzten Fall er die gewonnenen Zinsen nur gegen Uebernahme der Gefahr des Capitals an den Pupillen herauszugeben braucht e). Verwendet er es aber heimlich zu seinem Nutzen, so mufs er 12 p. c. Zinsen erlegen f). Einen, vom Vater des Mündels ererbten Handel kann er, besonders wenn es im Testament befohlen ist, fortsetzen g); nur darf das Geschäft nicht

x) L. 7. §. 1. eod. L. 22. C. eod. (5. 37.).

y) L. 13. §. 1. D. eod.

z) Novell. 72. c. 6. Püttmann miscell. Sp. 1. c. 3. Müller ad Leyser Obs. 599.

a) Nov. 72. c. 6—8.

b) Das Laxamentum in Nov. 72. c. 6. hat grofse Schwierigkeiten. Wenn es Marezoll im Archiv für civ. Pr. 9. B. 1. Hft. S. 40—52. auf das Erlassen zweymonatlicher Zinsen bezieht, so läfst sich ein billiger Grund der Verordnung loben; aber das Wort Laxamentum pafst nicht dazu. Eher möchte ich sagen: Justinian schwebte Etwas von dem vor, was die, in not. d. citirten Gesetze für den Fall des Müssens gesagt hatten; aber dafs es zu dem, von ihm gestatteten Dürfen nicht mehr pafste, übersah er.

c) Carpzov P. 2. c. 11. Def. 22. 23.

d) L. 7. §. 11. L. 15. eod. L. 24. C. eod. (5. 37.).

e) L. 7. §. 6. L. 46. §. 2. L. 54. D. eod.

f) S. oben §. 281.

g) L. 58. pr. eod.

mifslich seyn h). Er ist ferner D) verpflichtet, die Zwangsverbindlichkeiten seines Mündels zu erfüllen i), nicht aber dessen Gewissenspflichten k). Er darf daher auch keine Geschenke machen, ausgenommen, wo Anstand und Schicklichkeit dergleichen erfodern l). Hat er selbst etwas als Gläubiger zu fodern, so kann er gegen sich, wie gegen einen Dritten handeln m). Wegen aller dieser Puncte mufs er E) nach heutigem Recht dem, ihn bestätigenden Magistrat jährlich Rechnung ablegen n).

§. 519.

Fortsetzung. Endlich mufs F) der Vormund in den Fällen, da der Mündel durch eine Willenshandlung direct, oder indirect verpflichtet werden soll o), durch sein Vollwort *(auctoritas)* dem Geschäft Gültigkeit verschaffen. Aus wichtigen Gründen kann er es verweigern. Hat er keine solche, so wird er freilich nicht dazu gezwungen; doch ist er wegen der, daraus folgenden Nachtheile verantwortlich, auch kann der Magistrat seine Zustimmung ergänzen p). Aufserdem mufs noch Folgendes hiebey beobachtet werden. A) Ein Vormund kann durch sein Vollwort kein Geschäft gültig machen, welches durch testamentarische oder richterliche Verfügung einem Mitvormunde übergeben ist q). Führen mehrere ungetheilt, oder vermöge eines blofsen Vertrags getheilt die Vormundschaft, so ist schon das Vollwort eines einzelnen hinreichend, ausgenommen, wenn durch das Geschäft (z. B. Arrogation) die ganze Vormundschaft aufgehoben werden soll, oder wenn der Mitvormund widerspricht r). B) Der Vormund kann, wenn von seinem, oder seiner Familienglieder Vortheil die Rede ist, kein Geschäft unter seiner Auctorität mit dem Mündel schliefsen s), ausgenommen, wenn es auf einer

h) L. 5. §. 9. eod. Pufendorf T. 3. Obs. 11.

i) L. 13. §. 2. eod. L. 23. C. eod. (5. 37.).

k) L. 12. §. 3. D. eod.

l) L. 12. §. 3. L. 22. eod.

m) L. 9. §. 5. 7. eod. Lauterbach coll. L. 26. T. 7. §. 28.

n) Clem. 2. de religios. (3. 11.) R. A. v. 1548. Tit. 31. §. 3. R. A. v. 1577. Tit. 32. §. 3.

o) pr. I. de auct. tut. (1. 21.) L. 9. pr. h. t. (26. 8.).

p) L. 17. eod. L. 1. §. 5. quod falso tut. (27. 6.).

q) L. 4. h. t. (26. 8.) L. ult. C. de auctoritat. praestanda (5. 59.).

r) L. ult. C. cit. L. 7. §. 3. de curat. furios. (27. 10.) L. 14. §. 1. de solut. (46. 3.) L. 49. de acquir. vel omit. her. (29. 2.).

s) L. 5. §. 2. 6. L. 7. §. 2. h. t. (26. 8.) L. 46. de contr. emt. (18. 1.) L. 5. C. eod. (4. 38.).

öffentlichen Versteigerung ohne Gefährde geschieht t). Sonst muſs ein Mitvormund, oder besonders bestellter Curator einwilligen u). C) So lange der Mündel ein Kind ist, handelt der Vormund allein x). Nachher kann er den Mündel, wenn er will, zuziehen y); doch muſs er dieſs thun, wo besondere Feierlichkeiten die Gegenwart des Mündels erfodern z). D) Der Tutor muſs sein Vollwort frey und überlegt, und, wenn der Mündel selbst mithandelt, weil er dann ganz dessen Stelle vertrit, sofort, unbedingt, und, wenn der Pupill mit einem Gegenwärtigen contrahirt, mündlich ertheilen a). Die Einwilligung des Curators (*consensus*) ist nirgend an diese Requisite gebunden. Sie analogisch darauf anzuwenden, ist aber gewagt, da das Vollwort des Tutors ausgemacht von der bloſsen Zustimmung verschieden ist, und selbst von den Römern als ein eigenthümliches Geschäft behandelt wurde b). Man kann daher von dem Curator nichts weiter fodern, als was aus dem Begriff der Zustimmung folgt, welche denn die Zulässigkeit einer Erklärung unter Abwesenden und nach einer Zeit nicht ausschlieſst. Alles, was die Gesetze über die *auctoritas* vorschreiben, muſs aber eben deſswegen als durchaus praktisch angesehen werden c). Uebrigens hat der Vormund für seine eignen Angelegenheiten gar keinen Nachtheil von der Billigung eines Geschäfts des Mündels d).

§. 520.

B) Mit dessen Concurrenz. a) Erziehung des Mündels.

Die Concurrenz des Magistrats kann und muſs stattfinden: I) wenn Bestimmungen über die Erziehung und Ernährung des Mün-

t) L. 5. §. 4. 5. h. t. (26. 7.) L. 2. §. 8. pro emt. (41. 4.).

u) §. ult. I. h. t. (1. 21.) L. 3. §. 2. de tutel. (26. 1.) L. 5. §. 2. h. t. (26. 8.) Nov. 72. c. 2.

x) L. 1. §. 2. de adm. tut. (26. 7.).

y) L. 5. de R. I. (50. 17.).

z) L. 9. de acq. her. (29. 2.) L. 5. C. de iure delib. (6. 30.).

a) L. 1. §. 1. L. 2. L. 8. L. 9. §. 5. L. 14. h. t. (26. 8.). Bardili de auctor. tutor. P. G. v. d. Poll de auctor. tut. Lugd. B. 1708.

b) L. 17. §. 1. de appell. (49. 1.). Weber in d. Not. zu Höpfner §. 207. not. 3. §. 227. Vergl. auch Cuiac Obs. L. 15. c. 16. Meyer Diss. cit. cap. 2. §. 3. Für den Schluſs von der auctoritas auf den consensus ist Faber semestr. L. 2. c. 24.

c) Lauterbach coll. L. 26. T. 8. §. 8. Mühlenbruch doctr. P. T. 2. §. 326. A. M. sind Viele mit Struv Ex. 31. §. 42. Die Reichsgesetze haben auch darin nichts geändert.

d) L. 26. C. de administr. tutor. (5. 37.).

dels gemacht werden sollen, wenigstens nach der gewöhnlichen Ansicht *), welche Pflichten der Vormund an sich nicht zu übernehmen hat **). Ist 1) in Betreff der Erziehung im Testament des Vaters bestimmt, bey wem der Mündel erzogen werden soll, so bleibt es dabey, wenn der Richter die Person nicht untauglich findet e). Sonst aber wählt der Richter zum Erzieher, wen er will; doch muſs er zunächst der Mutter das Kind anvertrauen, falls sie nicht unfähig, oder zur zweyten Ehe geschritten ist f); wiewohl man jetzt den letzten Umstand nicht mehr in Betracht zu ziehen pflegt g). Bey der Wahl der übrigen Verwandten muſs der Richter besonders vorsichtig seyn h), und natürlich eben so, wenn der Erzieher nicht der Religion des Mündels zugethan ist i). Wer vom Testator oder Richter zum Erzieher gewählt ist, wird in der Regel nicht gezwungen, es sey denn, daſs er ein Freygelaſsner, Blutsfreund oder Schwager wäre k). Die Weigerung zieht aber den Verlust dessen, was im Testament mit Rücksicht auf die Uebernahme der Erziehung hinterlassen ist, nach sich l). 2) Ist das Maſs der Alimente nicht durch den Vater bestimmt, worauf zunächst, jedoch nur, wenn der Mündel dadurch nicht leidet, gesehen wird m), so trifft der Richter darüber die gehörige Verfügung, oder der Vormund allein, wenn das Interesse des Pupillen bey Offenbarung des Vermögens desselben leiden sollte n); auch kann der Vormund von einer, aus Irrthum unweise getroffenen obrigkeitlichen Verfügung abgehen o). Alles, was eine zweckmäſsige, anständige Erziehung erfodert, muſs dem Mündel ausgesetzt werden p), selbst wenn das Vermögen desselben ganz dabey aufgehen sollte q). Immer ist jedoch

*) Nach L. 1. 2. 5. ubi pupill. educ. (27. 2.) L. 1. C. eod. (5. 49.) ist hier das Befragen der Obrigkeit eigentlich nur räthlich, aber nicht nothwendig.

**) Archiv für civilist. Prax. 8. B. 2. Hft. nr. 8.

e) L. 1. §. 1. h. t. (27. 2.).

f) L. 5. eod. L. 1. C. h. t. (5. 49.) Nov. 22. c. 18.

g) Stryk L. 27. T. 2. §. 2. Voet eod. §. 1. O. L. v. Eichmann Samml. kleiner Abhandl. S. 202. fgg.

h) L. 2. C. h. t. (5. 49.).

i) Schilter Ex. 37. §. 163.

k) L. 1. §. 2. h. t. (27. 2.) L. 1. C. eod. (5. 49.). Abweichend ist das angef. Archiv S. 186.

l) L. 1. §. 3. D. eod.

m) L. 2. §. 2. 3. L. 3. §. ult. eod.

n) L. 2. §. 3. L. 3. §. 5. L. 4. eod. L. 2. C. de alim. praest. (5. 50.).

o) L. 2. §. 1. 2. D. eod.

p) L. 3. L. 4. eod. L. 12. §. 3. de admin. tut. (26. 7.).

q) L. 3. pr. §. 1. de contr. tut. act. (27. 4.).

zunächst dahin zu sehen, daſs nicht bloſs die Substanz erhalten, sondern auch von den Renten jährlich etwas zurückgelegt werde r). Verweigert der Vormund die Alimente, und verbirgt er sich, so wird der Mündel in dessen Güter eingewiesen; auch folgt die Strafe der Entsetzung s), welche letzte, verbunden mit andern Strafen, insbesondere dann verhängt wird, wenn der Vormund den Mündel wegen einer erlogenen Armuth nicht ernähren will t).

§. 521.

b) Veräuſserung der Mündelgüter.

Eben so ist II) der Vormund in der Regel bey Veräuſserung der Güter des Mündels an die Zustimmung der competenten Obrigkeit gebunden, d. h. des Richters, welcher ihn bestellt hat, nicht aber des Richters, in dessen Gerichtsbezirk die Sachen liegen, sofern nicht der Vormund von diesem Richter die Administration dieser Sachen durch eine Theilung der Vormundschaft sollte erhalten haben u). Ehemals konnte der Vormund alle Sachen allein veräuſsern x), und dann seit Septimius Severus nicht ohne Decret die *praedia rustica* und *suburbana* y). Nach Constantins und Justinians Vorschriften und den Reichsgesetzen aber darf er in der Regel ohne Decret Nichts veräuſsern, es sey denn, daſs die Sache durch Aufbewahren verderben würde z). Der Begriff der verderbbaren Sachen ist offenbar sehr schwankend a). Die Praxis gestattet häufig dem Vormunde die einseitige Veräuſserung aller beweglichen Sachen b).

r) L. 3. §. 1. h. t. (27. 2.).

s) L. 3. §. 14. L. 7. §. 2. 3. de suspect. tut. (26. 10.).

t) L. 3. §. 15. eod. §. 10. I. de suspect. tutor. (1. 26.).

u) L. 5. §. 12. de reb. eor. (27. 9.) L. 27. pr. de tutor. et curator. (26. 5.) L. 21. §. 2. de excusat. (27. 1.). Voet L. 27. T. 9. §. 6.

x) L. 8. §. 1. h. t. (27. 9.) L. 22. C. de admin. tutor. (5. 37.).

y) L. 1. §. 2. D. eod. C. G. Haubold hist. iur. civ. R. de reb. eor. qui sub tutela vel cura sunt sine decret. non alienandis. Spec. 1. Lips. 1798.

z) L. 22. L. ult. C. de admin. tut. (5. 37.) L. ult. C. quando decret. op. non sit. (5. 72.). Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. A. L. C. Schmidt de causs. ex quib. permissa est rerum quae minorum sunt alienatio. Ien. 1765.

a) Montanus de iure tut. c. 33. n. 166. Leyser Sp. 344. cor. 3. Wernher lect. comm. L. 26. Tit. 7. §. 19.

b) Claproth iurispr. heurem. p. 158. not. i.

§. 522.

Was ist hier Veräufserung?

Der Begriff der Veräufserung wird hier im weitesten Sinn genommen, und befafst alles, wodurch der Vormund den Rechten seines Mündels etwas vergibt c), selbst die Entsagung eines, *ipso iure* angefallenen Gewinns d), die Erwerbung einer Sache unter dem *pacto reservatae hypothecae* e), und die Annahme einer Zahlung vom Schuldner des Mündels. Denn bezahlt ein Schuldner des Mündels dem Vormunde ohne ein Decret des Magistrats (geringe, zwey Jahre rückständige Zinsen und Gefälle ausgenommen): so mufs er, wenn das Geld verschleudert, oder zufällig verloren wird, nochmals bezahlen f). Nur die Klugheit, aber nicht die praktische Anwendbarkeit der letzten Bestimmung läfst sich bestreiten g).

§. 523.

Verfahren des Richters.

Da, wo ein Decret der Obrigkeit erfoderlich ist, hat diese Folgendes zu beobachten: 1) Sie mufs eine förmliche Untersuchung darüber anstellen, ob die Veräufserung wirklich nothwendig sey, welches nur eintreten kann, wenn Zwangspflichten des Mündels zu erfüllen, oder eigne Bedürfnisse desselben zu befriedigen, und Sachen desselben zu erhalten sind h). Des Nutzens wegen kann die Veräufserung nicht gestattet werden i). Zugleich mufs zur

c) L. 1. §. 2. L. 3. §. 4. 5. 6. L. 4. L. 5. pr. §. 1. 2. L. 13. h. t. (27. 9.) L. 22. C. de admin. tut. (5. 37.) L. 13. 15. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.).

d) L. 5. §. 8. h. t. (27. 9.). Voet eod. §. 3. Viele sagen unbedingt mit Boehmer ius D. eod. §. 1. jede Ausschlagung eines Gewinnes sey Alienation.

e) L. 1. §. ult. L. 2. in fin. eod. vergl. mit Meier Colleg. Argent. eod. §. 8.

f) §. 2. I. quib. alien. lic. vel non (2. 8.) L. 25. 27. C. de admin. tut. (5. 37.). Born de solut. pupill. ac minor. et ab iis tuto facienda. (in Collect. Diss. n. 2.). A. M. ist I. I. Prehn Beantw. d. Fr.: kann ein Schuldner Pupillen- und Kinder-Gelder mit völliger Sicherheit ohne Decret an den Vormund und Vater zahlen? Rostock 1800. Ueber das zufällige Verlieren ist a. M. Struben 3. B. 26. Bed., aber wider §. 2. I. cit.

g) L. H. Balcke de solut. pecun. pupillar. Rost. 1756. §. 23. A. M. ist Lupin de debitore pecun. pupillar. tuto solvente. §. 8. fgg.

h) L. 1. §. 2. L. 5. §. 9. L. 10. L. 11. h. t. (27. 9.) L. 61. §. 1. de iure dot. (23. 3.) L. 6. L. 12. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.).

i) L. 5. §. 14. L. 13. h. t. (27. 9.) L. 12. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.). Leyser Sp. 344.

Veräuſserung die entbehrlichste Sache, und diejenige Art der Veräuſserung gewählt werden, welche die Rechte des Mündels am wenigsten sofort aufhebt k). Hierauf ist 2) ein ordentliches Veräuſserungs-Decret abzugeben, welches auch ratihabirend seine Kraft äuſsert l). Daſs aber 3) die Veräuſserung mittelst öffentlicher Versteigerung geschehe, ist eine zwar gemeine m), aber irrige Behauptung, welche weder durch Vernunft, noch Gesetze unterstützt wird n). Nach der Veräuſserung muſs die Obrigkeit weiter Sorge tragen, daſs das Eingenommene zu seinem Zweck verwandt werde o).

§. 524.

Ausnahmen, da der Vormund allein verfährt.

In einigen Fällen bedarf es jedoch bey der Veräuſserung aufbehaltbarer Sachen nicht der Mitwirkung des Magistrats. Nämlich 1) ein Dritter kann nicht bloſs, wenn es der Magistrat gestattet, sondern auch dann die Sache des Mündels veräuſsern, wenn er das Recht dazu von einem Vorgänger des Mündels erworben hat p). 2) Der Vormund ist dazu befugt, A) wenn der Vater des Mündels, oder der Regent, es gestattet hat, gesetzt, das Testament des Vaters sollte auch *irritum* geworden seyn q). B) Wenn eine Rechtsnothwendigkeit vorhanden ist, grade diese Sache zu veräuſsern r). C) Wenn er Gelder zahlt, ausleiht, oder zur Anschaffung andrer Sachen verwendet s). D) Wenn er gerichtliche Cautionen durch Pfänder für den Mündel zu bestellen hat t). E) Wenn er eine, demselben verpfändete Sache veräuſsert u), oder F) dessen Sache einem Gläubiger verpfändet, welcher Geld hergegeben hat,

m. 1. Struben 2. Bd. 54. Bed. A. M. ist Voet L. 27. T. 9. §. 8. Müller ad Leyser Obs. 614.

k) L. 5. §. 9—13. L. 7. §. 3. 4. h. t. (27. 9.).

l) L. 6. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.). Hellfeld iur. for. §. 1386.

m) Stryk L. 27. T. 9. §. 6. Carpzov L. 3. Resp. 72.

n) Cocceii I. C. eod. qu. 4. Leyser Sp. 344. m. 4. Müller Obs. 615. Schmidt Diss. cit. §. 19.

o) L. 5. §. 13. eod.

p) L. 1. §. 2. in f. L. 7. §. 1. h. t. (27. 9.).

q) L. 1. §. 2. L. ult. eod. L. 2. C. quando decreto non opus (5. 72.).

r) L. 1. §. 2. L. 5. §. 4. 7. h. t. (27. 9.) L. 2. L. 15. L. 17. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.) L. 1. C. quando decreto non opus (5. 72.).

s) L. 23. 24. C. de admin. tut. (5. 37.).

t) L. ult. §. 3. C. de admin. tut. (5. 37.).

u) L. 5. §. 3. h. t. (27. 9.).

womit ein andrer Pfandgläubiger abgefunden ist x). G) Wenn ein Mündel dem andern Geld zur Anschaffung einer Sache leihet, und sich daran ein Pfandrecht bedingt y). Endlich H) wenn der, welcher gültig die Sache des Mündels erstanden hat, seine Schuldigkeit nicht leistet, in welchem Fall der Vormund an dessen Stelle treten kann z).

§. 525.

Folgen verbotener Veräuſserungen.

Veräuſsert der Vormund in den Fällen, da ihm eine einseitige Veräuſserung erlaubt ist, auf eine an sich unerlaubte Weise, nämlich umsonst a); veräuſsert er in den übrigen Fällen ohne ein Decret, oder ohne eine, diesem vorhergehende Untersuchung, oder ohne daſs ein Grund zur Abgebung des Decrets vorhanden war b); überschreitet er ferner die Grenzen des Decrets c); oder ist endlich dasselbe erschlichen d): so ist in allen Fällen, jedoch nur zum Vortheil des Mündels e), die Veräuſserung nichtig, der Mündel behält seine Rechte und Klagen f), und kann die Sache von jedem Besitzer, gegen den er aber den Beweis der fehlerhaften Veräuſserung zu führen hat g), abfodern h), auch seine widerrechtlich handelnden Vorsteher auf Entschädigung belangen i). Bey der Vindication seiner Sachen braucht der Mündel auch nur insofern, als er durch den Handel bereichert ist, den Beklagten zu entschädigen k).

§. 526.

Gültigwerden derselben.

In einigen Fällen wird jedoch ausnahmsweise eine nichtige Veräuſserung gültig, und

x) L. 7. §. 5. eod.

y) L. 3. pr. eod.

z) L. 56. de admin. tut. (26. 7.).

a) S. oben §. 518.

b) L. 12. de curat. furios. (27. 10.) L. ult. C. si maior. fact. alien. fact. sine decr. (5. 74.). Leyser Sp. 344. m. 4. Voet l. c. §. 9.

c) L. 7. §. 3. h. t. (27. 9.).

d) L. 5. §. 15. eod. L. 5. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.).

e) Lauterbach coll. L. 27. T. 9. §. 17.

f) L. 46. §. ult. de admin. tut. (26. 7.).

g) L. 2. C. si quis ignorans (5. 73.). Boehmer l. c. §. 9. Grolman und Löhr Magaz. 3. B. 4. Hft. S. 514—517. A. M. ist Voet l. c. §. 11.

h) L. 5. §. 15. h. t. (27. 9.) L. 11. 15. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.).

i) L. 5. §. 15. cit. L. 7. C. arbitr. tut. (5. 51.).

k) L. 10. 16. C. de praed. et al. reb. minor. (5. 71.).

zwar 1) wenn der Mündel als Mündiger durch einen körperlichen Eid das Geschäft bekräftigt l), oder 2) dasselbe nachher als Volljähriger ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat m), welches zuweilen aus dem bloſsen Ablauf eines fünfjährigen Zeitraums geschlossen wird n). 3) Wenn der Vormund Erbe des Mündels, oder dieser Erbe jenes wird; jedoch hier nur nach Maſsgabe der Gröſse des Erbtheils des Erben o).

§. 527.

2) Pflichten des Mündels gegen den Vormund.

Auch der Mündel hat gegen den Vormund Verpflichtungen, nämlich dahin, daſs er A) der Leitung des Vormundes in so weit folge, als er dessen Gewalt unterworfen ist; B) daſs er denselben wegen alles dessen, was er als Vormund nützlich p), wenn auch nicht dauernd q), aufgewandt hat, entschädige r); also auch angeliehene Gelder nach landesüblichem Fuſs verzinse s), und ihn von übernommenen Verbindlichkeiten befreye t); demnächst auch den Schaden ersetze, welchen der Vormund durch seine, des Mündels, Schuld erlitten hat u). Endlich C) daſs er dem Vormunde das Versprochene, oder demselben nach Gewohnheiten (§. 511.) gebührende Gehalt bezahle x).

§. 528.

3) Verhältniſs zu Dritten. A) Des Vormundes.

Was das Verhältniſs des Vormundes und Mündels zu einem Dritten betrifft, so ist es zuvörderst in Rücksicht des Vormundes

l) L. 1. C. si advers. vendit. (2. 28.) et Auth. Sacramenta puberum ibid. Boehmer I. E. P. L. 2. T. 24. §. 23. Savigny Gesch. d. R. R. 4. B. S. 162—171. Quistorp Beytr. 2. Aufl. n. 24.

m) L. 1. 2. C. si maior. fact. ratih. (2. 46.). Leyser Sp. 345. m. 5.

n) L. 3. C. si maior. fact. al. fact. sine decret. (5. 74.). Meine Schrift über Bes. und Verj. 2. Thl. §. 55. Die weitere Ausführung unten §. 1039.

o) Voet L. 27. T. 9. §. 14.

p) L. 9. §. 6. de admin. tut. (26. 7.) L. 3. §. 8. de contr. tut. act. (27. 4.).

q) L. 3. pr. §. 7. eod.

r) L. 1. pr. §. 4. 5. eod. L. 2. C. de alim. pupill. (5. 50.).

s) L. 3. §. 1—6. D. eod.

t) L. 3. §. 1. eod. §. 2. I. de obl. quae quas. ex cont. (3. 28.).

u) L. 46. de O. et A. (44. 7.). Für zufällige Beschädigungen des Vormundes haftet der Mündel also nicht. Arg. L. 26. §. 6. mandat. (17. 1.). Wening C. R. 3. B. §. 126. A. M. ist Voet L. 27. T. 4. §. 4. wegen L. 52. §. 4. pro soc. (17. 2.).

x) L. 33. in f. de admin. tut. (26. 7.).

Regel, daſs er Namens des Mündels alle Rechte desselben gegen den Dritten ausüben y), aber auch dagegen von dem Dritten auf Erfüllung der Zwangspflichten des Mündels belangt werden kann z); jedoch nur so lange, als die Vormundschaft dauert a). Denn nachher findet bloſs dann eine Klage wider ihn Statt, wenn er in eigenem Namen gehandelt, oder sich selbst durch Arglist oder Versprechungen verpflichtet hat b).

§. 529.

B) Des Mündels, a) aus Handlungen des Vormundes.

Der Mündel kann auf mancherley Art Rechte gegen einen Dritten erhalten, und demselben verpflichtet werden, Theils durch die Handlungen des Vormundes, es sey nun allein, oder, nach dem Bisherigen, unter Mitwirkung der Obrigkeit, Theils auf andre Art. Hat der Vormund allein ein Geschäft des Mündels besorgt, welches zu vermuthen ist, wenn es seiner Natur nach den letzten angeht c), so erwirbt A) der Mündel insofern Rechte daraus, daſs er, falls es Namens seiner geschlossen ist, den Dritten *actione utili* belangen kann d). Ist das Geschäft nicht namentlich für ihn geschlossen, so kann er es nach Willkühr als gültig anerkennen, und daraus klagen, oder seine Sachen vindiciren e). An den, einseitig mit seinem Gelde erkauften Sachen erlangt er nach der gewöhnlichen Ansicht ein (nur dem wahren Eigenthümer nicht nachtheiliges) Eigenthumsrecht f), oder falls er davon keinen Gebrauch machen will, eine stillschweigende Hypothek g). Dagegen kann aber auch B) gegen den Mündel aus den, für ihn geschlossenen Geschäften *actione utili* geklagt werden, wobey aber der Nutzen des Mündels zu erweisen ist h). Hat der Vormund arg-

y) L. 15. eod.

z) L. 1. §. 2. de tut. et rat. distr. (27. 3.).

a) L. 5. pr. quando ex fact. tut. (26. 9.) L. 1. C. eod. (5. 39.).

b) Arg. L. 67. de procur. (3. 3.) L. 3. §. 2. de admin. rer. ad civ. pert. (50. 8.) L. 5. pr. §. 1. h. t. (26. 9.) L. 15. C. de admin. tut. (5. 37.).

c) Mascard de probat. Concl. 38. Carpzov P. 2. c. 11. D. 38.

d) L. 2. L. 6. quando ex fact. tutor (26. 9.) L. 2. L. 4. L. ult. C. eod. (5. 39.).

e) L. 2. D. L. 2. C. eod.

f) Die Sache ist aber streitig. S. unten §. 566.

g) L. 7. pr. qui pot. in pign. (20. 4.).

h) L. 7. h. t. (26. 9.) L. 1. 3. C. eod. (5. 39.). Voet L. 12. T. 1.

listig gehandelt, und zwar bey einem, in eignem Namen geschlossenen Geschäft: so ist er allein in Anspruch zu nehmen i). Geschah es bey einem Geschäft des Mündels, so haftet dieser nur so weit, als er bereichert ist k). Im Uebrigen kann er sich durch Abtretung seiner Klagen wider den Vormund von den Entschädigungsfoderungen des Dritten ganz befreyen l).

§. 530.

b) aus andern Gründen.

In Rücksicht der übrigen Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten des Minderjährigen wirklich werden können, muſs man nach Römischem Recht so unterscheiden: I) Es sind Thatumstände vorhanden, welche auch den Groſsjährigen ohne seine Einwilligung verpflichten würden *(obligatio ex re)*: alsdann werden alle Mündel ohne Concurrenz des Vormundes verpflichtet m). II) Verbrechen der Kinder werden gar nicht angenommen. Alle *infantia maiores* haften dagegen wegen ihrer *culpa*; doch ist sie den *infantiae proximis* (§. 231.) zu erweisen. Wegen eines *doli* haften erst *pubertati proximi*, sofern ihnen ihr böser Wille wirklich dargethan wird *). Es stehen also erst *puberes* unter den gewöhnlichen Grundsätzen. Ist III) von erlaubten Geschäften die Rede, welche Einwilligung voraussetzen, so hat entweder 1) die Zustimmung des Vor-

§. 1. Malblanc princ. §. 467. A. M. sind Weber v. d. Beweisf. S. 200. fgg. Glück Comm. 12. B. §. 782. S. 53. fgg. Ueber das Halten der, vom Vormunde geschlossenen Pachtcontracte: Archiv für civilist. Praxis 4. B. 1. St. nr. 1.

i) L. 4. D. eod. vergl. mit L. 46. §. 4. de procurat. (3. 3.).

k) L. 3. D. h. t. (26. 9.) L. 15. pr. de dolo mal. (4. 3.).

l) L. ult. de admin. tut. (26. 7.). Ueber die Ideen Andrer s. Leyser Sp. 335. m. 3. 4. Struv synt. L. 26. T. 9. §. 48. Wernher lect. comm. eod. §. 2. Müller ad Leyser Obs. 605.

m) L. 46. de O. et A. (44. 7.) Weber über die nat. Verb. §. 71. Ueberh. I. V. Bechmann de obligat. impuberis. Ien. 1676.

*) §. 10. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 13. §. 1. de dolo (4. 3.) L. 5. §. 2. ad L. Aquil. (9. 2.) L. 3. §. 2. de tribut. act. (14. 4.) L. 1. §. 15. depos. (16. 3.) L. 14. de SCto Silan. (29. 5.) L. 1. §. 6. ne vis fiat. (43. 4.) L. 4. §. 26. de dol. exc. (44. 4.) L. 23. de furt. (47. 2.) L. 2. §. 19. de vi bon. rapt. (47. 8.) L. 3. §. 1. de iniur. (47. 10.) L. 3. §. 1. de sepulcro viol. (47. 12.) L. 2. pr. ad L. Corn. de fals. (48. 10.) L. 111. de R. I. (50. 17.) L. 1. C. de fals. monet. (9. 24.). Archiv für civilist. Praxis. 4. B. 2. Hft. nr. 18.

mündes dabey stattgefunden: dann wird nach dem Bisherigen, wenn alle Formen beobachtet sind, der Mündel dem Dritten verpflichtet. 2) Der Mündel handelte einseitig. War er dann A) ein Kind, so ist das Geschäft von beiden Seiten null und nichtig [n]). Selbst die Besitzergreifung eines Kindes *ex caussa donationis* hat keine rechtliche Wirkung [o]). War der Mündel B) über die Jahre der Kindheit hinaus, aber doch a) unmündig, so kann er einseitig Rechte erwerben, nicht aber sich verpflichten, und das Geschäft gilt also nur zu seinem Vortheil [p]); doch kann bey doppelseitigen Geschäften der andre Contrahent, welcher von dem Mündel belangt wird, die, ihm obliegende Leistung durch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages von sich abwenden [q]). Die Frage: ob der Mündel nicht wenigstens natürlich verpflichtet werde? muſs man Theils bejahen, Theils verneinen [r]); jenes nämlich, sofern von dritten accessorisch verpflichteten, oder als Nachfolger an die Stelle des Mündels tretenden Personen; dieses, sofern vom Mündel selbst die Rede ist [s]). Hat der Mündel Sachen weggegeben, so kann sie der Vormund, wenn er ein rechtliches Interesse zur Zurückfoderung hat, im Fall der Consumtion durch Condictionen, sonst aber durch die gewöhnlichen dinglichen Klagen zurückfodern [t]). Ist endlich b) der Mündel mündig, so ist weiter zu unterscheiden: A) Er hat einen Curator. In diesem Fall ist er in Rücksicht des, dem Curator untergebenen Vermögens eben so beschränkt, wie der Pupill; im Uebrigen kann er sich ohne den Curator verpflichten [u]). Steht er dage-

n) §. 10. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 70. de V. O. (45. 1.) L. 26. C. de donat. (8. 54.).

o) S. oben §. 300.

p) L. 28. pr. de pact. (2. 14.) §. 9. 10. I. de inutil. stipul. (3. 20.) L. 13. §. 29. de act. E. V. (19. 1.) L. 5. de R. I. (50. 17.).

q) L. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.). Voet L. 19. T. 1. §. ult. L. 26. T. 8. §. 3.

r) §. 9. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 1. C. eod. (8. 39.) L. 41. de condict. indeb. (12. 6.) L. 21. pr. ad L. Falcid. (35. 2.) L. 59. de O. et A. (44. 7.) vergl. mit Weber a. a. O. Glück Commentar §. 288.

s) L. 64. pr. ad SCt. Trebell. (36. 1.) L. 127. de V. O. (45. 1.) L. 25. de fideiussor. (46. 1.) L. 95. §. 2. de solut. (46. 3.) L. 1. §. 1. L. 9. pr. de novat. (46. 2.).

t) §. ult. I. quib. alien. lic. vel non (2. 8.) L. 19. §. 1. de R. C. (12. 1.) L. 9. §. 2. de auct. tut. (26. 8.) L. 14. §. ult. de solut. (46. 3.).

u) L. 20. de R. N. (23. 2.) L. 6. de V. O. (45. 1.) L. 3. C. de in int. rest. (2. 22.). Höpfner Comment. §. 737. not. 1.

gen B) unter keinem Curator, so kann er sich in der Regel immer verpflichten, und blofs die Veräufserung unbeweglicher Güter ohne obrigkeitliche Zustimmung ist ihm versagt x). In allen Fällen aber, da der Mündel durch den Vormund, oder eigne Geschäfte verpflichtet ist, kann er, wenn er verletzt seyn sollte, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erhalten y).

§. 531.

Heutiges Recht.

Nach Deutschem Recht hat sich hierin Manches geändert. Denn es fällt 1) die Unterscheidung zwischen Minderjährigen, welche unter Curatoren stehen, oder nicht, gänzlich weg, und auch Minderjährige, welche factisch ohne Curator leben, sind eben so zu behandeln, wie die, welche mit einem Curator versehen sind z). Hiernächst sind 2) durch die Reichsgesetze die Curanden den Pupillen im Ganzen gleich gesetzt, und der Curande macht sich also eben so wenig ohne Curator verbindlich, als der Pupill ohne Zustimmung des Tutors a).

§. 532.

4) Folgen der übrigen Arten der Curatel.

Was die übrigen, oben (§. 509.) genannten Arten der Curatel betrifft: so unterscheide man: 1) Der Rasende kann sich durch seinen Willen weder verpflichten, noch Rechte erwerben b), und der Curator besorgt alles allein für denselben c). In Augenblicken der wiederkehrenden Vernunft kann er aber ohne seinen Curator vollgültig handeln d). 2) Was der gerichtlich erklärte Verschwender vor der richterlichen Erklärung gethan hat, ist gültig e); nachher ist er in Rücksicht der Art verbindlich zu werden, dem Rasenden völlig gleich f), bis ihm

x) L. 3. C. cit. L. 16. C. de praed. et al. reb. min. (5. 71.).

y) Ueber das Weitere s. unten §. 1009—1011.

z) Weber a. a. O. §. 73.

a) Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. und oben §. 516.

b) §. 9. I. de inutil. stip. (3. 20.) L. 2. C. de contr. emt. (4. 38.) L. 40. de R. I. (50. 17.) L. 5. §. 2. ad L. Aquil. (9. 2.). Von den Verpflichtungen ex re gilt hier, und für die folgenden Fälle natürlich wieder das, was §. 530. in Betreff der Pupillen gesagt ist.

c) §. 3. I. de curat. (1. 23.) L. 7. pr. h. t. (27. 10.).

d) L. 6. C. de curat. furios. (5. 70.) L. 9. C. qui test. fac. poss. (6. 22.) L. 2. C. de contr. emt. (4. 38.).

e) Gail L. 2. Obs. 51. Cocceii L. 27. T. 10. qu. 2.

f) Rechte kann er einseitig erwerben. L. 10. pr. h. t. (27. 10.) L. 6. de V. O. (45. 1.).

ein Decret die Güterverwaltung wieder gestattet g). Dafs er aber der persönlichen Leitung des Curators wie ein Zögling unterworfen sey, läfst sich aus dem Zweck und Begriff dieser Curatel nicht ableiten; auch wird er nicht infam h). 3) Der Umfang der Curatel schwacher unvermögender Personen hängt von den Umständen ab. Nur diefs kann hier als Princip angegeben werden, dafs solche Personen in Rücksicht des Unvermögens, welches die Bestellung des Curators veranlafste, nicht vollgültig ohne denselben handeln können i). 4) Der *Curator absentis* erhält, wie es gleichfalls in der Natur der Sache liegt, blofs eine Real-Curatel über die zurückgelassenen Güter des Abwesenden, und weder über das übrige Vermögen, noch über die Person desselben. Auch wird das Dispositions-Recht des Abwesenden dadurch nicht aufgehoben. Kehrt derselbe zurück, so ist ihm sofort vom Curator alles herauszugeben; stirbt er aber als Abwesender ohne Testament: so fällt das Vermögen denen zu, welche im Augenblick des Todes desselben dessen nächste Intestat-Erben waren k). Die Praxis hat es eingeführt, dafs, wenn 70 Jahre vom Augenblick der Geburt eines Verschollenen verflossen sind, der Tod desselben juristisch präsumirt wird l).

§. 533.

5) Pflichten des honorarii.

Der *tutor* oder *curator honorarius* ist zunächst nur zu einer Oberaufsicht, und dazu verpflichtet, dafs er den administrirenden, nachlässigen Vormund der Obrigkeit denunciire m). Mit

g) Carpzov P. 3. c. 6. Def. 10.

h) Hoppe v. jurist. Verschwendern S. 25. 67. 74—77.

i) Arg. L. 6. C. de curat. furios. (5. 70.). Voet L. 27. T. 10. §. 13. G. F. I. Wicherlink de cura prodigorum. Lugd. Bat. 1821. Gesterding Nachforsch. 1. B. nr. II.

k) Koch succ. ab intest. Auct. 1. Müller ad Leyser Obs. 240. Köchy Medit. 1. B. N. 23. G. P. v. Bülow Abhandl. 1. Thl. n. XII. A. M. sind Schilter Ex. 15. §. 77. Pufendorf T. 4. Obs. 84. Vom Augenblick des richterlichen Decrets datirt den Tod Gesterding Nachforsch. 1. B. S. 338—344.

l) Müller Obs. 141. Emminghaus ad Cocceii L. 5. T. 3. qu. 21. Ueber die, nach Ablauf von 70 Jahren gewöhnlich angenommenen Termine s. Glück Comm. §. 562.

m) L. 46. §. 6. de admin. tut. (26. 7.) L. 1. §. 15. de tutel. et rat. distr. (27. 3.). W. A. Lauterbach Diss. de tutore honorario. Willenberg de ho-

der Administration darf er sich im Ganzen nicht befassen n); doch ist ein, unter seiner Zustimmung vom Mündel geschlossenes Geschäft, wenigstens nach Einem Gesetz, gültig o); auch kann ihm, eben so gültig, wie dem administrirenden Vormunde, Zahlung geleistet werden; nur muſs ihm sowohl in diesem, als jenem Fall kein testamentarisches oder richterliches Verbot die Administration verbieten p); auch muſs er jetzt bestätigt seyn, wenn er verwalten will q).

§. 534.

6) Ueber Protutoren.

Es kann der Fall eintreten, daſs Jemand, welcher nicht wirklich Vormund ist (wohin auch der Fall gehört, wenn ein wahrer Vormund überhaupt, oder in gewisser Rücksicht nicht administriren kann); aus Irrthum oder wissentlich, in bösem oder gutem Glauben, die vormundschaftlichen Geschäfte versieht. Ein solcher heiſst *falsus tutor*, oder auch *protutor* r). Es entspringen aus einer solchen Anmaſsung folgende Rechtsverhältnisse: 1) In Rücksicht des Mündels ist der Protutor im Ganzen zu eben dem Fleiſs, also auch zur Inventirung s), verpflichtet, wie der wahre Vormund, und haftet unbedingt wegen des Fleiſses *in abstracto*, nicht bloſs, wo er positiv gefehlt,

norario et notitiae caussa dat. tut. Gedan. 1721. (Exerc. P. 2. n. 11.).

n) L. 3. §. 1. de admin. tut. (26. 7.). Walch contr. p. 102.

o) L. 49. de acquir. vel om. her. (29. 2.). Dawider ist L. 4. de auct. tut. (26. 8.). Ueber versuchte Vereinigungen s. Mühlenbruch doctr. P. T. 2. §. 533. Wening C. R. 3. B. §. 129. a. E.

p) L. 14. §. 1. de solut. (46. 3.) L. 4. de auct. tut. (26. 8.). Lauterbach coll. L. 26. T. 7. §. 2.

q) S. oben §. 515.

r) L. 1. pr. de eo qui pro tut. (27. 5.) L. 1. §. 2. quod falso tut. (27. 6.). Grass delibat. ex mater. iur. protutor. Tub. 1703. Die gewöhnliche Unterscheidung zwischen einem protutor und falsus tutor, welche man bey Lauterbach, Böhmer, Hellfeld u. A. findet, ist ganz falsch. L. 1. §. 1. de eo qui pro tutore (27. 5.) L. 1. §. 1. quod falso tut. auct. (27. 6.). Gegen eine andre Ansicht von I. Bingo an pupillis in bonis eorum qui pro tutoribus gesserunt hypotheca tacita competat. Heidelb. 1816. §. 11—13. möchte schon L. 1. §. 5. quod falso tut. (27. 6.) entscheidend seyn. Wiederum eine neue Idee findet sich im Archiv für civilist. Praxis. 1. B. 2. Hft. nr. 18. Die richtige Ansicht der ganzen Sache hat Voet L. 27. T. 5. 6.

s) Brunnemann ad L. 4. de eo qui pro tut. Richter Dec. 230.

sondern auch dann, wenn er etwas Positives unterlassen hat, was er als zusammenhängend hätte mit besorgen sollen [t]). Umgekehrt ist der Mündel verpflichtet, den Protutor, wie den wahren Vormund zu entschädigen [u]); doch kann sofort auf Entfernung des, in dieser Eigenschaft entdeckten Protutors gedrungen werden [x]). 2) In Rücksicht des Dritten, und der, dem Mündel, und dessen Vermögen aufzulegenden Verbindlichkeiten wird der Protutor angesehen, als ob er gar nicht vorhanden wäre. Der Dritte kann ihm also die Einrede der Illegitimation entgegen setzen [y]), und wenn er Sachen des Mündels veräufsert, so ist die Handlung nichtig, falls sie nicht der Richter bestätigt [z]). Ein, unter Auctorität des Protutors geschlossenes Geschäft ist mithin eben so zu behandeln, als ob der Pupill es allein geschlossen hätte (§. 530.), d. h. der Pupill erwirbt daraus Rechte, wird aber dadurch nicht verpflichtet. Indefs gibt der Prätor dem Dritten, sofern der Richter das Geschäft nicht bestätigt hat [a]), und der Dritte im Irrthum war, oder nicht frey handelte [b]), gegen den Mündel, welcher bereichert ist, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [c]). Handelte der Protutor arglistig, so kann der betrogene Dritte denselben auch durch eine prätorische *actio in factum* auf Entschädigung belangen [d]), welche aber nach Römischen Begriffen (§. 68.) nicht gegen die Erben geht [e]).

§. 535.

7) Ueber die Klagen A) des Mündels, a) gegen den Vormund.

Die Mündel und deren Nachfolger haben mancherley Rechtsmittel, um wegen der geführten Vormundschaft zu ihrer Befriedigung zu gelangen; aber auch den Vormün-

t) L. 1. §. 9. L. 4. de eo qui pro tut. (27. 5.) L. 53. §. 3. de furt. (47. 2.). Zum Theil a. M. ist das Archiv für civilist. Praxis 1. B. 2. St. nr. 19.

u) L. 1. §. 8. L. 5. eod.

x) L. 1. §. 3. de contr. tut. act. (27. 4.) L. 1. §. 3. h. t. (27. 5.).

y) L. 2. C. eod. (5. 45.).

z) L. 2. D. eod. L. 1. §. 5. quod falso tut. auct. (27. 6.). Die dem Protutor allein geschehene Zahlung ist daher auch nichtig. L. 14. §. 1. L. 34. §. 4. de solut. (46. 3.). Kind quaest. for. T. 1. c. 26. Abweichend zum Theil sind Carpzov L. 5. Resp. 67. n. 23. fgg. Mevius P. 5. Dec. 174.

a) L. 1. §. 5. quod falso tut. (27. 6.).

b) L. 1. §. 6. L. 2. 3. 4. 5. eod.

c) L. 1. pr. §. 1. 6. eod.

d) L. 7. eod.

e) L. 9. §. 1. eod.

dern sind Klagen zu ihrer Entschädigung gestattet. Zunächst mufs der Mündel die Vormünder selbst, und deren Stellvertreter in Anspruch nehmen, zu welchem Zweck demselben zwey Klagen, nämlich die *actio tutelae directa*, und die *actio rationibus distrahendis*, eingeräumt sind.

§. 536.

A) actio tutelae.

Der Zweck der *actio tutelae directa (arbitrium tutelae)* geht dahin: 1) dafs der Tutor nach dem Rechnungs-Stil eine genaue, gehörig begründete, gegen alle Erinnerungen justificirte Rechnung ablege f), und sodann Alles, was er als Ueberschufs in Händen hat, herausgebe. Von beiden Verpflichtungen ist der Tutor selbst dann nicht frey, wenn ihm der Vater des Pupillen, oder ein Andrer dieselben sollte erlassen haben, wohl aber von der ersten, wenn der gewesene Pupill auf eine gültige Art erklärt hat, dafs der Vormund keine Rechnung ablegen, oder überhaupt, wenn er auf gültige Art erklärt hat, dafs der Vormund gar nicht weiter in Anspruch genommen werden solle g). Sodann kann 2) Alles dadurch gefodert werden, wozu der Tutor nach dem Obigen wegen vernachlässigter Verwaltung gehalten ist h). Hat er arglistig oder *culpa lata* gehandelt, so kann der Kläger gegen ihn durch das *iuramentum in litem* die Sache ausmachen, nicht aber gegen die Erben, falls nicht die Sache vor dem Tode des Vormundes anhängig gemacht war, oder die Erben aus eignen Handlungen belangt werden i).

§. 537.

Wann ist die Klage anzustellen?

Die Klage kann nicht eher, als nach gänzlich geendigter Tutel angestellt werden k), und selbst dann nicht eher, wenn

f) L. 1. §. 3. de tutel. et rat. distr. (27. 3.) L. 82. de cond. et dem. (35. 1.). Mevius P. 2. Dec. 123. P. 8. Dec. 18. 21.

g) L. 9. L. 20. §. 1. L. 28. §. 4. L. 31. §. 2. de liberat. legat. (34. 3.) vergl. mit G. L. Crell de tutore aneglostico, et quando tutelae rat. reposci nequeunt. Cuiac Obs. L. 26. c. 30. Rücker Interpr. L. 2. cap. 8. s. auch oben §. 515. not. b.

h) S. d. ganzen Tit. de tutel. et rat. distr. (27. 3.).

i) L. 1. L. 4. C. de in lit. iureiur. (5. 53.). Lauterbach coll. L. 27. T. 3. §. 17.

k) L. 4. pr. L. 9. §. 4. 5. L. 16. pr. h. t. (27. 3.). A. M. ist jetzt Lauterbach l. c. §. 19.

der Vormund arglistig gehandelt hat; doch schadet diefs dem Pupillen in Rücksicht des Uebergangs der Klage wider die Erben nicht l). Hat der Pupill Ansprüche an den Vormund aus andern Gründen, als aus der Vormundschaft, so kann er diese unter dem Beystande eines besondern Curators auch während der Tutel verfolgen m). Wegen verschiedener Puncte kann die Klage mehrmals nach einander angestellt werden n).

§. 538.

Bey wem? Das einzig competente Gericht, vor welchem die Klage angestellt werden mufs, ist hier das Gericht des Orts, wo die Verwaltung geführt ist o). Diefs verhindert jedoch nicht, dafs der Richter, welcher den Vormund bestellt hat, von Amtswegen jährlich auf Rechnungsablegung dringe p).

§. 539.

Von wem, und gegen wen? Der Kläger ist hier der gewesene Pupill, im Beystande seiner Tutoren, oder Curatoren q), und jeder allgemeine Nachfolger desselben r). Der Beklagte ist der Tutor und dessen Nachfolger s), selbst dann, wenn er einem Dritten durch ein Mandat die Administration sollte übertragen haben, in welchem Fall jedoch der Dritte auch als Geschäftsführer belangt werden kann t). Selbst gegen den Vater, unter dessen Gewalt der Tutor sich befand, findet die Klage Statt, und zwar unbedingt, wenn er stillschweigend

l) L. 9. §. ult. L. 10. eod.

m) Nov. 72. c. 2. Voet L. 27. T. 3. §. 2.

n) L. 38. pr. pro socio (17. 2.) L. 2. C. de iudic. (3. 1.).

o) L. 1. 2. C. ubi de raciocin. (3. 21.). Lauterbach l. c. §. 19. A. M. sind zum Theil Voet l. c. §. 13. Struben 3. B. 96. Bed. Gönner Handb. d. Proc. 1. B. n. 15. Allein s. Weber Beytr. zu d. Lehre v. d. Kl. und Einr. 2. 3. St. S. 35. fgg. B. W. Pfeiffer pract. Ausführ. Hannov. 1825. nr. XIX.

p) Mehr kann man Leyser Sp. 73. m. 9. nach der Pol. O. v. 1577. Tit. 32. §. 3. nicht zugeben.

q) L. 7. §. 1. L. 8. L. 9. pr. §. 4. h. t. (27. 3.). I. A. Taddel quibusnam reddendae sint rationes tutelares pupillo adhuc minore. Goett. 1789.

r) L. 1. §. 17. L. 18. eod.

s) L. 1. §. 16. L. 9. §. 6. eod. Tit. C. de hered. tutor. (5. 54.).

t) L. 9. C. arbitr. tutel. (5. 51.) L. 2. C. si mat. indemn. promis. (5. 46.) L. 24. C. de usur. (4. 32.).

oder ausdrücklich die Gefahr übernahm; sonst aber nur insofern, als die Gründe, aus welchen der Vater als solcher belangt werden kann (§. 368—378.), eintreten [u]. Sind mehrere Vormünder da, so treten folgende Bestimmungen ein: A) Der *Tutor honorarius* kann bloſs dann, wenn er durch grobe Nachlässigkeit versäumt hat, den administrirenden verdächtig zu machen, ausgeklagt werden, und auch dieſs nur insofern, als der Pupill sonst von Niemand seine Befriedigung zu erhalten vermag [x]. B) Hat der Testator oder Richter die Tutel getheilt, so ist der eine Tutor, in Rücksicht der Geschäfte des andern, auch als bloſser *honorarius* zu behandeln [y]. C) Sind Alle zur Tutel gerufen, so haften sie a) wegen schuldvoll vernachlässigter Verwaltung *in solidum*, jedoch unter Vorbehalt der, oben (§. 227.) erwähnten Einrede der Theilung [z]. Ist dagegen b) bey der Administration positiv gefehlt, so unterscheide man: a) Dem administrirenden Tutor ward durch einen Vertrag der übrigen die Verwaltung zugetheilt: dann können die übrigen verlangen, daſs der administrirende, wenn dieſs mit Erfolg und leicht geschehen kann, zuvörderst ausgeklagt werde [a]; verwalteten aber b) alle zugleich, so haben sie nur die Einrede der Theilung, unter den gewöhnlichen Beschränkungen, und auch diese ist dem nicht zu gestatten, welcher wegen seiner eignen Arglist belangt ward [b]. Wird aber der Pupill vorläufig an einen Andern verwiesen, so muſs er gleich wider denselben klagen, wenn ihm dessen spätere Insolvenz nicht schaden soll [c]. Ist übrigens ein Vormund, welcher nicht aus ausschlieſslich eignen Handlungen belangt ist, zur Zahlung bereit oder verurtheilt, so kann er vom Pupillen die Cession der Klagen verlan-

u) L. 7. de tutel. (26. 1.) L. 21. de admin. tut. (26. 7.). L. 1. C. quod eum eo qui in al. potest. (4. 26.).

x) L. 1. §. 15. h. t. (27. 3.) L. 46. §. 6. de admin. tut. (26. 7.) L. 2. C. de divid. tut. (5. 52.). Lauterbach coll. L. 27. T. 8. §. 1. Coccei i I. C. L. 27. T. 7. qu. 3. Müller ad Leyser Obs. 612. Meine Theor. d. log. Ausl. 2. Aufl. §. 35.

y) L. 3. §. 2. l. c. L. 6. C. arbitr. tut. (5. 51.) L. 2. C. de divid. tutel. (5. 52.).

z) L. 38. §. 1. L. 39. §. 11. de admin. tut. (26. 7.).

a) L. ult. C. de divid. tut. (5. 52.). Boehmer ius D. L. 27. T. 3. §. 13. Die Einrede der Theilung deckt übrigens den Vormund auf immer, wenn nur der andre damals solvent war. L. 1. C. de divid. tutel. (5. 52.).

b) L. 1. §. 11. 14. 15. h. t. (27. 3.).

c) L. 1. C. de divid. tutel. (5. 52.).

gen, oder auch ohne diese *actione utili*, d. h. *actione negotiorum gestorum* den Regreſs gegen seine Mitvormünder nehmen d).

§. 540.

B) Actio rationibus distrahendis.

Ist einmal Rechnung abgelegt, so kann keine neue Rechnungsablegung verlangt e), wohl aber ein Rechnungsfehler gerügt f), oder über einen nicht berührten Punct Verantwortung gefodert werden g). Ist aber arglistig falsche Rechnung abgelegt, so kann der Pupill durch die *actio rationibus distrahendis*, oder *de rationibus distrahendis* h) eine neue Prüfung der Rechnungen, und das Doppelte dessen, was untergeschlagen ist, verlangen i). Als vermischte Klage (§. 65.) ging sie bey den Römern nicht wider die Erben k). Jetzt fällt dieſs weg (§. 68.); dafür kann sie aber auch nur auf das Einfache angestellt werden l). Andre Klagen schlieſsen diese nicht aus, und umgekehrt, sofern nicht die frühere die spätere absorbirt hat m).

§. 541.

Ausdehnung dieser Klagen.

Durch die Klagen, welche der Pupill gegen den Tutor hat, kann auch *utiliter* der *curator* und *protutor* belangt werden n); jedoch mit

d) L. 1. §. 13. 14. 18. eod. L. 30. de negot. gest. (3. 5.) L. 2. C. de contrar. iudic. (5. 8.). A. M. ist Lindelof im Arch. f. civil. Prax. 7. B. nr. 6.

e) L. 2. C. de apoch. publ. (10. 22.).

f) L. un. C. de error. calc. (2. 5.).

g) L. 2. C. de iudic. (3. 1.).

h) L. 1. §. 19. h. t. (27. 3.) L. 2. de contrar. tut. act. (27. 4.) vergl. mit L. 1. §. 21. L. 2. h. t. Cuiac Obs. L. 8. c. 24. Bynkershoek Obs. L. 6. c. 8. Voorda elect. c. 16. Rygerbos Obs. c. 4. 5. Püttmann probab. L. 2. c. 13. Heineccius ad Brisson voc. distrahere.

i) L. 1. §. 20. L. 2. §. 2. h. t. (27. 3.).

k) L. 1. §. 22. 23. eod.

l) Zufolge §. 68. vergl. mit L. 2. §. 2. h. t. (27. 3.). A. M. ist Glück Comm. 3. B. §. 274. 275. not. 82.

m) L. 1. §. 21. 22. eod. Lauterbach eod. T. §. 27. Voet Comm. L. 27. T. 3. §. 19.

n) Die Klage wird auch actio negotiorum gestorum genannt, aber gewiſs auch utilis, Rubr. Tit. ff. de tutelae et rationibus distrahendis et utili curat. caussa actione (27. 3.) L. 4. §. 3. L. 13. L. 16. §. 1. L. 20. ibid. Rubr. Tit. ff. de contraria tutelae et utili actione (27. 4.) L. 1. §. 3. eod. L. 1.

dem Unterschiede, daſs der letzte zu jeder Zeit o), der Curator aber wegen einzelner Puncte schon vor Endigung der Curatel belangt werden kann p).

§. 542.

b) Klagen gegen andre Personen.

Ist von den Vormündern, deren Stellvertretern (nämlich dem Vater), und deren Erben nichts zu erhalten, so können 1) deren Bürgen durch die *actio ex stipulatu* auf Entschädigung belangt werden, selbst wenn die Verbürgung stillschweigend geschehen ist q). Der Bürge kann sich aber der, dem Vormunde selbst zustehenden Einreden bedienen r). Sind von Einem Vormunde mehrere Bürgen bestellt, so haben sie nicht die Einrede der Theilung s); wohl aber können sie verlangen, daſs der Vormund selbst zuvörderst ausgeklagt werde t). Als eine Art der Bürgen, aber nach den wahren Bürgen, haften dann weiter 2) die *nominatores*, d. h. die, welche, um sich der, ihnen angetragenen Vormundschaft zu entziehen, oder als requirirte Richter, einen untüchtigen Mann in Vorschlag brachten u); in gleicher Ordnung ferner 3) die *affirmatores*, welche den, die Tüchtigkeit des Vormundes untersuchenden Magistrat auf geschehene Befragung falsch berichtet x), und eben so 4) die *postulatores*, welche dem Mündel ohne Noth einen Vormund erbeten, dabey

pr. de eo qui pro tutore (27. 5.). Q. G. Schacher de utili curationis caussa actione. Lips. 1735.

o) L. 1. §. 3. eod.

p) L. 26. de admin. et per. tut. (26. 7.) L. 1. §. 3. de contrar. tut. act. (27. 4.) L. 16. §. 1. h. t. (27. 3.) vergl. mit L. 14. C. de admin. tut. (5. 37.). Cuiac Obs. L. 17. c. 7. A. M. ist Voet L. 27. T. 3. §. 20. C. G. Einert utile tutelae iudic. durante adhuc cura institui non posse. Lips. 1774.

q) L. 3. L. 4. §. 3. de fideiussor. tut. (27. 7.) L. 2. C. eod. (5. 57.).

r) L. 6. L. 7. eod.

s) L. ult. rem pupill. salv. for. (46. 6.).

t) Nov. 4. c. 1. wodurch L. 1. C. h. t. (5. 57.) aufgehoben ist. Lauterbach de benef. excuss. §. 13. fgg.

u) L. un. C. de potior. ad muner. nominand. (10. 65.) L. 1. L. 4. 5. C. de magistr. conv. (5. 75.). Pauli Sent. rec. L. 2. T. 28. 29. Fragm. Vatic. §. 206—219. Leyser Sp. 342. m. 1. fgg. vergl. mit Wernher lect. comm. L. 27. T. 7. Müller Obs. 611. A. A. de Buchholz Diss. ad orationem D. Severi de potioribus nominandis. Regimont. 1824.

x) L. 4. §. 3. de fideiuss. et nom. (27. 7.).

etwas versehen, oder die Gefahr übernommen haben y). Hierauf kommt 5) die Reihe an dritte Pfandinhaber, d. h. an die, welche von dem, dem Mündel stillschweigend verpfändeten Vermögen des Vormundes etwas besitzen z), und sodann 6) an den Magistrat, welcher nach allen vorgenannten Personen durch eine *actio tutelae utilis* subsidiarisch belangt werden kann a). Bey den Römern war die Klage nur gegen niedere Magistrate b), und gegen diese auch nur insofern zulässig, als sie nicht beweisen konnten, daſs sie dem Mündel gehörig hätten Sicherheit stellen lassen c). Jetzt haftet aber jeder Magistrat wegen aller Versehen, wodurch seine Pflicht der Oberaufsicht verletzt ist d). Der Erbe des Magistrats ist indeſs nur wegen grober Versehen desselben verantwortlich e). Hat ein Collegium gefehlt, so gelten in Rücksicht der Verantwortlichkeit der einzelnen Glieder ganz die allgemeinen Grundsätze f); nur ist noch zu bemerken, daſs der unschuldige Vormund, welcher bezahlen muſste, wiederum den schuldigen Magistrat belangen kann g). Nach Allen sind endlich 7) die *tutores honorarii*, sofern ihnen überhaupt etwas zur Last gelegt werden kann, in Anspruch zu nehmen h). Uebrigens versteht es sich von selbst, daſs der Mündel direct auch dritte Personen belangen kann, wenn sie ihm schadeten, z. B. die Schreiber des Inventars, welche dabey etwas versahen i).

§. 543.

B) Klagen des Vormundes gegen den Mündel.

Nach Endigung der Tutel kann aber auch auf der andern Seite der Pupill und dessen Nachfolger von dem Tutor und des-

y) L. 2. §. 5. qui pet. tut. (26. 6.) L. 3. C. si mater indemn. prom. (5. 46.). Voet L. 27. T. 7. §. 3. Stryk eod. §. 5.

z) Nov. 4. c. 2. Die Ausführung dieses Satzes unten in der Lehre von der actio hypothecaria.

a) L. 1. L. 5. C. de magistr. conv. (5. 75.). G. C. Gebauer de act. tutel. advers. Magistr. (op. T. 1.). Merill Obs. L. 8. c. 24.

b) L. 1. §. 1. D. eod. (27. 8.).

c) L. 1. §. 11. 12. 13. eod.

d) Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. Leyser Sp. 343. m. 1.

e) L. 4. D. eod.

f) S. oben §. 223. L. 1. pr. §. 9. L. 7. eod.

g) L. 2. 3. eod. Gebauer l. c. §. 7. Ueber die Natur dieser Klage s. oben §. 539. a. E.

h) S. oben §. 539. not. x.

i) L. 6. C. de magistr. conv. (5. 75.).

sen Erben durch eine persönliche Civil-Klage unter dem Namen *actio tutelae contraria* belangt werden, und zwar auf Entschädigung nach den, oben (§. 527.) angegebenen Grundsätzen k), zu welchem Zweck der Tutor sich auch der Compensation und Retention bedienen kann l). *Utiliter* können auch der Curator und Protutor diese Klage anstellen m), und zwar diese zu jeder Zeit n).

Dritte Abtheilung.

Ueber die Beendigung der Vormundschaft.

§. 544.

Einleitung.

Die Vormundschaft kann erlöschen, entweder *ipso iure*, sobald ein gewisser Thatumstand eintrit, oder erst nach vorgängigem Decret des Regenten oder Richters. In beiden Fällen hören natürlich im Ganzen die vormundschaftlichen Verhältnisse auf; doch ist der Vormund vor abgelegter Rechnung verpflichtet, alle angefangenen Geschäfte fortzusetzen o), und eben dazu sind die, zur Administration fähigen Erben desselben gehalten p).

§. 545.

1) Endigung ipso iure.

Ipso iure erlischt die Vormundschaft 1) durch den natürlichen und bürgerlichen Tod des Mündels und Vormundes q). 2) Durch Arrogation des Mündels r). Die gesetzliche Tutel erlosch ehemals

k) Tit. P. de contrar. tut. et util. act. (27. 4.).

l) L. 1. §. 4. eod. Lauterbach coll. L. 27. T. 3. §. 13. Mevius P. 3. Dec. 170. I. Wunderlich de iure retent. quat. tutori competat. Ien. 1758.

m) L. 1. §. 2. eod. L. ult. de eo qui pro tutor. (27. 5.).

n) L. 1. §. 3. h. t. (27. 4.) L. 16. §. 1. de tutel. et rat. distr. (27. 3.).

o) L. 5. §. 5. L. 37. §. 1. de admin. tut. (26. 7.).

p) L. 1. pr. de fideiuss. et nom. (27. 7.). Voet L. 26. T. 7. §. 15.

q) §. 1. 3. I. quib. mod. tut. fin. (1. 22.).

r) §. 1. I. eod.

auch durch *capitis deminutio minima* des Vormundes [s]; diefs läfst sich aber jetzt nur noch auf den, welcher als blofs bürgerlicher Verwandter gerufen war, anwenden [t]. 3) Wenn der Tag, bis auf welchen, oder die Bedingung, unter welcher der Vormund bestellt ist, existirt [u]. 4) Wenn die Mutter und Grofsmutter, welche die Vormundschaft verwalteten, zur zweyten Ehe schreiten [x]. 5) Die Tutel erlischt insbesondere durch Mündigkeit, die Curatel Minderjähriger durch Volljährigkeit des Mündels [y]. Das Erste geschieht aber jetzt, da die Vormünder bis zur Volljährigkeit des Mündels zu bestellen sind [z], nicht mehr von selbst, sondern erst nach vorgängiger Excusation [a]. 6) Die Curatel verstandsloser und unvermögender Personen erlischt, wenigstens interimistisch in Rücksicht der Verwaltung, in dem Augenblick, da sie Verstand und Fähigkeiten wieder erhalten [b]; und endlich 7) die Curatel der Abwesenden durch Rückkehr derselben.

§. 546.

a) Durch ein Decret.

Durch ein richterliches Decret erlischt 1) die Curatel der Verschwender, wenn ihnen die Güterverwaltung wieder gestattet wird [c]. Ferner erlischt jede Vormundschaft, 2) wenn der Vormund sich in den Fällen, wo diefs erlaubt ist (§. 513.), von der übernommenen Vormundschaft excusirt, so wie 3) wenn ihn der Magistrat wegen einer nothwendigen Excusation (§. 501.), oder schlechter Verwaltung entfernt. Gesetzlichen, und ohne Arglist handelnden testamentarischen Vormündern ist in solchen Fällen nur die Verwaltung zu nehmen, und ein Curator beyzuordnen [d]. Ge-

s) L. 5. §. ult. de legit. tut. (26. 4.).

t) Nov. 118. c. 5. vergl. mit §. 496.

u) §. 2. 5. I. l. c.

x) Nov. 94. c. 2.

y) pr. I. l. c. pr. I. de curat. (1. 23.).

z) Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32.

a) S. oben §. 513. nr. P.

b) L. 6. C. de curat. furiosi (5. 70.). Voet L. 27. T. 10. §. 4. 13.

c) Voet L. 27. T. 10. §. 7. Wicherlink de cura prodigorum. Lugd. Bat. 1821. p. 46—48. A. M. ist Hoppe v. gerichtl. Verschw. §. 12. wegen L. 1. pr. h. t. (27. 10.).

d) §. 5. I. de curat. (1. 23.).

schieht die gänzliche Entfernung des Vormundes wegen schlechter Verwaltung, so wird sie Entsetzung eines verdächtigen Vormundes *(remotio suspecti)* genannt e).

§. 547.

Insbesondere über Absetzung.

Folgendes ist in Ansehung der Entsetzung noch besonders zu bemerken: A) sie kann wegen jeder, selbst einer geringen Nachlässigkeit, (welche nach §. 253. die geringste mit begreift) erkannt werden f); nur muſs freilich der Magistrat hoffen können, einen Andern zu finden, von dem sich mit Sicherheit mehr erwarten läſst. B) Das Anbieten zur Caution schützt den, durch Unfleiſs verdächtig gewordenen nicht g). C) Mitvormünder sind zur Anklage verpflichtet h). Allen Andern, selbst sonst dazu Unfähigen, ist sie erlaubt i), sogar dem Curanden mit Beystand seiner Verwandten, nicht aber dem Pupillen k). Trit Niemand als Ankläger auf, so muſs der competente Magistrat, d. h. jetzt jede bürgerliche Obrigkeit, welche den Vormund bestellt hat, von Amtswegen verfahren l). D) Sind nur einige Anzeigen des Verdachts vorhanden, so ist der Vormund während des Verfahrens, welches aber durch Endigung der Vormundschaft von selbst erlischt m), einstweilen zu suspendiren, und die Verwaltung einem Andern zu übertragen n). Erfolgt endlich E) die völlige Absetzung, so wird, wenn die Ursache derselben im Decret angegeben ist o), der, wegen einer Arglist oder *culpa lata* Entsetzte infam p), nicht aber

e) L. 2. §. 41. ad SCt. Tert. (38. 17.) L. ult. C. h. t. (5. 43.) vergl. mit §. 6. I. h. t. (1. 26.).

f) §. 6. I. h. t. (1. 26.) L. 3. §. ult. L. 4. §. ult. L. 7. §. 1. eod. (26. 10.) L. ult. C. h. t. (5. 43.). A. M. ist Struben 1. B. 85. Bed.

g) L. 5. L. 6. D. eod.

h) L. 5. eod. L. 3. §. 2. de admin. et per. tut. (26. 7.) L. 1. §. 15. de tut. et rat. distr. (27. 3.).

i) §. 3. I. h. t. (1. 26.) L. 1. §. 6. 7. h. t. (26. 10.).

k) §. 4. I. L. 7. pr. D. l. c.

l) L. 3. §. 4. eod. Pol. Ordn. v. 1577. Tit. 32. §. 3. Bey den Römern war nicht jeder Richter competent. §. 1. I. l. c.

m) §. 8. I. L. 11. D. l. c. L. 1. C. h. t. (5. 43.).

n) §. 7. I. L. 7. C. l. c.

o) L. 4. §. 1. 2. D. l. c.

p) L. 7. §. 1. eod. L. 42. de V. S. (50. 16.) L. ult. ubi pup. educar. (27. 2.). Bachov ad Treutler V. 2. D. 9. §. 4. Vinnius ad §. 6. I. l. c. I.

der, welcher wegen geringer Versehen, oder, einer überhaupt in seiner Natur liegenden Stumpfheit entfernt ward q). Wegen grober Vergehen finden auch noch außerordentliche Strafen Statt r).

§. 548.

und venia aetatis.

Die Curatel der Minderjährigen erlischt noch insbesondere durch die Volljährigkeitserklärung (*venia aetatis*), welche aber nur der Regent ertheilen kann. Das Wesentliche der Gesetze geht hier dahin, daſs das Rescript des Regenten dann diese Wirkung hat, wenn der Minderjährige, je nachdem er männlichen oder weiblichen Geschlechts ist, 20 oder 18 Jahre vollendet hat, und vor der Obrigkeit seinen guten Lebenswandel darthut s). Die Wirkung besteht darin, daſs der Minderjährige nun wie ein Volljähriger unumstöſslich verpflichtet wird t). Bloſs seine Immobilien darf er nicht ohne Decret veräuſsern u); auch muſs er volljährig seyn, wo dieſs namentlich, wie bey dem Recht, Vormund zu werden, zur Bedingung gemacht ist x). Eine besondere Art der *venia aetatis* ist es, wenn Jemand unter öffentlichem Schutz zu gewissen Geschäften auctorisirt wird. Dieſs bewirkt denn natürlich, daſs der Minderjährige, ohne Rücksicht der

Vollenhove de suspect. tut. et curat. cap. 3. §. 2. fgg. Viele sind in Betreff der culpa lata andrer Meynung mit Noodt probab. L. 1. c. 19. Grimmeisen de tutore ob culpam latam remoto haud infami. Marb. 1753. Eigne Unterscheidungen macht Marezoll über bürgerl. Ehre S. 153. 154.

q) §. 6. I. l. c. L. 3. §. 18. h. t. (26. 10.) L. 9. C. eod. (5. 43.).

r) §. 10. I. L. 3. §. 15. D. l. c.

s) L. 2. C. de his qui ven. aet. (2. 45.). Lauterbach coll. L. 27. T. 10. §. 48. A. Kaestner de venia aetatis. Lips. 1728. c. 1. 2. Genauer sind die, etwas wunderlich ausgedrückten, und in Praxi nicht mehr beachteten Vorschriften der L. 2. C. cit. entwickelt in Grolman u. Löhr Magaz. 4. B. 2. 3. Hft. S. 397—401.

t) L. 1. C. eod.

u) L. 3. C. eod. Weiter ist er nicht beschränkt. Die gemeine Regel: wo der Curator nicht ohne Decret handeln dürfe, sey auch er an ein Decret gebunden. Kaestner l. c. cap. 3. §. 6. ist also falsch. Vergl. auch noch über L. 3. cit. Köchy civilist. Erört. 1. S. n. 8.

x) L. 4. C. eod. Kaestner l. c. §. 7.

Verschiedenheit der Sachen, in Ansehung dieser Geschäfte ganz als Volljähriger zu behandeln ist y).

y) arg. L. 3. §. 1. ad SCt. Maced. (14. 6.) L. 1. C. de his qui ven. aet. (2. 45.). Lauterbach l. c. §. 52. Vinnii quaest. sel. L. 1. c. 13. Leyser Spec. 60. m. 8. Weber v. d. natürl. Verb. §. 63. not. 6.

Ende des ersten Bandes.